# THÈSE

Pour l'obtention du grade de
DOCTEUR DE L'UNIVERSITÉ DE POITIERS
UFR de droit et sciences sociales
Équipe poitevine de recherche et d'encadrement doctoral en sciences criminelles (Poitiers)
(Diplôme National - Arrêté du 25 mai 2016)

École doctorale : Droit et science politique - Pierre Couvrat (Poitiers)
Secteur de recherche : Droit privé et sciences criminelles

Présentée par :
Ahmed Elkahwagy

## L'application des conventions internationales par le juge pénal national en Égypte, aux États-Unis et en France

Directeur(s) de Thèse :
Raphaële Parizot

Soutenue le 06 novembre 2019 devant le jury

Jury :

| | | |
|---|---|---|
| Président | **Michel Massé** | Professeur émérite - Université de Poitiers |
| Rapporteur | **Valérie Malabat** | Professeur - Université de Bordeaux |
| Rapporteur | **Pascal Beauvais** | Professeur - Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne |
| Membre | **Raphaële Parizot** | Professeur - Université Paris Nanterre |
| Membre | **Bernadette Aubert** | Maître de conférences HDR - Université de Poitiers |
| Membre | **Anne-Laure Chaumette** | Maître de conférences - Université Paris Nanterre |

**Pour citer cette thèse :**
Ahmed Elkahwagy. *L'application des conventions internationales par le juge pénal national en Égypte, aux États-Unis et en France* [En ligne]. Thèse Droit privé et sciences criminelles. Poitiers : Université de Poitiers, 2019. Disponible sur Internet <http://theses.univ-poitiers.fr>

UNIVERSITÉ DE POITIERS
**FACULTÉ DE DROIT ET DES SCIENCES SOCIALES**

ÉCOLE DOCTORALE DROIT ET SCIENCE POLITIQUE PIERRE COUVRAT — ED 088

# L'APPLICATION DES CONVENTIONS INTERNATIONALES PAR LE JUGE PÉNAL NATIONAL EN ÉGYPTE, AUX ÉTATS-UNIS ET EN FRANCE

Thèse pour le doctorat en droit privé et sciences criminelles
présentée et soutenue publiquement le 6 novembre 2019
par

**Monsieur Ahmed ELKAHWAGY**

*Maître assistant à l'Université d'Alexandrie, Égypte*

Directeur de recherche

- **Raphaële PARIZOT**
  *Professeur à l'Université Paris Nanterre*

Suffragants

- **Bernadette AUBERT**
  *Maître de conférences à l'Université de Poitiers*

- **Pascal BEAUVAIS**
  *Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne (Rapporteur)*

- **Anne-Laure CHAUMETTE**
  *Maître de conférences à l'Université Paris Nanterre*

- **Valérie MALABAT**
  *Professeur à l'Université de Bordeaux (Rapporteur)*

- **Michel MASSÉ**
  *Professeur émérite de l'Université de Poitiers*

L'application des conventions internationales par le juge pénal national
en Égypte, aux États-Unis et en France

Aux XIX^e^ et XX^e^ siècles, les premières avancées jurisprudentielles sur la question de l'application des conventions internationales concernaient rarement le droit pénal qui était cantonné dans un cadre restreint telles les conventions d'extradition ou de piraterie. Ainsi, la théorie de l'application des conventions internationales a généralement été forgée hors de l'espace pénal, surtout par la doctrine de droit public et de droit international public ainsi qu'une jurisprudence non-pénale. L'internationalisation progressive et exponentielle du droit pénal a mis de l'eau dans le vin de la souveraineté nationale. Désormais, les traités constituent une source importante pour le droit pénal national. Le caractère régalien du droit de punir s'érode et se contracte. Les juridictions répressives internes, sensibles à cette internationalisation, contribuent de leur propre initiative à une influence grandissante des conventions internationales sur le droit pénal interne. Au regard du fait qu'il est lié à la définition des valeurs sociales, qu'il est lourd de conséquences sur la liberté individuelle, le droit pénal nécessite une inculturation en son sein de la théorie d'application des conventions internationales qui prend en compte ses caractéristiques, notamment le principe de légalité. L'étude comparée analyse le processus par lequel une source de droit pénal, commune aux États comparés, est « accueillie » par le système juridique interne et appliquée par le juge national. Avant de dérouler un effet sur les faits d'espèce, le juge pénal examine les conditions d'application des conventions internationales. Un traité applicable doit être conforme à une référence externe — la Constitution —, comme il doit être doté d'une capacité intrinsèque à produire des effets dans l'ordre pénal interne. Une fois ces conditions réunies, le juge national libère l'effet enfermé dans la norme internationale. Les modalités empruntées par le juge pénal lui permettent de déterminer le champ d'application de la norme internationale par son travail interprétatif. En dernière étape, les effets de la norme internationale sont matérialisés par des techniques d'application adaptées à l'effectivité pénale de celle-ci.

Mots-clés
Légalité — Source internationale de droit pénal — Validité — Effectivité pénale — Justiciabilité — Application directe — Application indirecte

INSTITUT DE SCIENCES CRIMINELLES. ÉQUIPE POITEVINE DE RECHERCHE ET D'ENCADREMENT DOCTORAL EN SCIENCES CRIMINELLES (ISC-EPRED — EA 1228)
43, place Charles de Gaulle — Bâtiment E9 — TSA 81100 — 86073 Poitiers cedex 09

# The application of international treaties by the domestic criminal judge in Egypt, the United States and France

In the 19th and 20th centuries, the first advances in case law regarding the application of international treaties rarely involved Criminal Law which was restrained to a limited scope such as extradition or piracy treaties. Thus, the theory of the application of international treaties has been constructed outside the Criminal Law sphere, specifically by the efforts of Public Law and Public International Law doctrine as well as a non-criminal jurisprudence. The progressive and exponential internationalization of Criminal Law has watered down the concept of national sovereignty. Henceforth, Treaties are an important source for domestic Criminal Law. The regal character of the Right to Punish is eroding and contracting. Domestic criminal jurisdictions, sensitive to this internationalization, contribute by their own initiative in a growing influence of international treaties on domestic Criminal Law. In view of its role in the definition of societal values and its impact on individual freedom, Criminal Law requires an inculturation of the general theory of treaty application adapted to its characteristics, most clearly the principle of legality. The comparative study analyzes the process by which a source of Criminal Law, common to the States compared, is "received" by the domestic legal system and applied by the national judge. First, the criminal judge examines the application conditions of international treaties. To be applicable, a treaty must conform to an external standard — the Constitution -, as it must have an intrinsic capacity to produce effects in the domestic criminal system. Once these conditions are met, the national judge releases the effect enclosed in the international norm. The modalities followed by the criminal judge makes it possible to determine the scope of the international norm by the interpretive work. In the last stage, the effects of the international norm are materialized by techniques of application adapted to the criminal effectiveness of the latter.

Keywords

Legality — International source of Criminal Law — Validity — Criminal effectiveness — Justiciability — Direct application — Indirect application

*L'université de Poitiers n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.*

*Dédicace*

*À la mémoire des martyrs de la glorieuse révolution du 25 janvier 2011, c'est pour la liberté et la dignité que vous avez sacrifié votre vie, c'est pour ces mêmes valeurs que nous vivons la nôtre.*

*À mes proches.*

*Remerciements*

*Ce travail de recherche n'aurait pas pu « sortir au jour » sans la contribution de nombreuses personnes qui, directement ou indirectement, ont permis la matérialisation de mon potentiel dans le monde sensible.*

*Je souhaite adresser mes remerciements les plus chaleureux à Madame Raphaële Parizot pour sa direction attentionnée de mes recherches pendant huit ans ainsi que pour ses encouragements indispensables et ses remarques précieuses.*

*J'aimerais également remercier l'Université de Poitiers et l'ensemble des membres de l'Institut de Sciences Criminelles. En particulier, ma reconnaissance s'adresse à Monsieur Michel Massé pour sa disponibilité et son apport à ce travail et à Madame Bernadette Aubert pour l'accueil chaleureux au sein de l'équipe et les idées qu'elle m'a inspirées à travers ses travaux. Je dois une gratitude envers mes collègues et amis doctorants et je les remercie pour leur sympathie et pour les discussions qu'on a eues ensemble.*

*Je suis redevable à de nombreuses personnes qui ont partagé avec moi des bouts de ce chemin. Ils se reconnaîtront même si je ne peux pas les citer tous dans ces lignes. Pour une myriade de raisons, je pense à Ahmed Khalifa, Hajer Rouidi, Ali Noureddine et sa famille, Mahmoud et Saïda Elsehly, Sylvie Tripelon, mes amis alexandrins, mes amis à Poitiers et en France et ma grande famille en Égypte, au Liban et en Pologne.*

*Enfin, les langues humaines sont incapables d'exprimer les sentiments que j'éprouve envers mes proches. Formuler tout ce que je leur dois en mots est a priori un travail imparfait. Cela dit, avec conscience et humilité, j'adresse un hommage à mon père Aly à qui je dois l'ouverture de mon esprit ; à ma mère Iman qui m'a montré comment écouter mon cœur ; à ma sœur Rana avec laquelle je partage une seule âme ; à ma femme Heba dont l'existence m'a appris à aimer sans attentes, ni conditions. Je vous aime pour ce que vous êtes.*

# SOMMAIRE

**INTRODUCTION** ..... **15**

**PREMIÈRE PARTIE. LES CONDITIONS D'APPLICATION DES CONVENTIONS INTERNATIONALES** ..... **61**

TITRE I. LA VALIDITÉ DANS L'ORDRE CONSTITUTIONNEL INTERNE ..... 65

**Chapitre I. La validité formelle, un contrôle accepté** ..... **71**

**Chapitre II. La validité substantielle, entre nature et tabou** ..... **101**

TITRE II. L'EFFECTIVITÉ PÉNALE DE LA NORME INTERNATIONALE ..... 147

**Chapitre I. Des qualités requises par le principe de légalité** ..... **155**

**Chapitre II. La justiciabilité, un critère requis dans le contexte des droits individuels** ..... **199**

**DEUXIÈME PARTIE. LES MODALITÉS D'APPLICATION DES CONVENTIONS INTERNATIONALES** ..... **259**

TITRE I. LES PROBLÈMES POSÉS PAR L'INTERPRÉTATION DES NORMES INTERNATIONALES DEVANT LE JUGE PÉNAL ..... 263

**Chapitre I. La compétence pour interpréter les conventions internationales** ..... **269**

**Chapitre II. L'encadrement de l'interprétation du juge pénal par les réserves attachées aux normes internationales** ..... **295**

TITRE II. LES TECHNIQUES D'APPLICATION DES CONVENTIONS INTERNATIONALES : LA MATÉRIALISATION PRATIQUE DE L'EFFECTIVITÉ PÉNALE ..... 325

**Chapitre I. Les techniques d'application indirecte : les conventions comme outil interprétatif du droit pénal national** ..... **329**

**Chapitre II. Les techniques d'application directe : la convention internationale comme loi applicable** ..... **379**

**CONCLUSION GÉNÉRALE** ..... **423**

**ANNEXES** ..... **433**

**BIBLIOGRAPHIE** ..... **443**

**INDEX GÉNÉRAL** ..... **473**

**INDEX DES CONVENTIONS INTERNATIONALES** ..... **479**

**INDEX DE JURISPRUDENCE** ..... **487**

**TABLE DES MATIÈRES** ..... **521**

# LISTE DES ABRÉVIATIONS, DES SIGLES ET DES ACRONYMES

## FRANÇAIS

| | |
|---|---|
| AFDI | Annuaire français de droit international |
| AJ Pénal | Actualité juridique, droit pénal |
| AJDA | Actualité juridique, droit administratif |
| art. | Article |
| B. | Bulletin des arrêts de la Cour de cassation |
| CE (Egy) | Conseil d'État égyptien |
| CE | Conseil d'État français |
| com. | Commentaire |
| Crim. (Egy) | Chambre criminelle de la Cour de cassation égyptienne |
| Crim. | Chambre criminelle de la Cour de cassation française |
| D. | Recueil Dalloz |
| DMF | Revue Droit Maritime Français |
| DP | Dalloz jurisprudence générale |
| JCI P | Juris-classeur Pénal |
| JCP | Juris-classeur, édition générale |
| JDI | Journal du droit international |
| p. | Page ou pages |
| RBDI | Revue Belge de droit international |
| RCDIP | Revue critique de droit international privé |
| RDSS | Revue de droit sanitaire et social |
| RFDA | Revue française de droit administratif |
| RFDC | Revue française de droit constitutionnel |
| RIDC | Revue internationale de droit comparé |
| RSC | Revue de sciences criminelles |
| RTD civ. | Revue trimestrielle de droit civil |
| RTD eur. | Revue trimestrielle de droit européen |
| S. | Recueil Dalloz Sirey de doctrine, de jurisprudence et de législation |
| s. | Suivant(s)(e)(es) |

## ANGLAIS

| | |
|---|---|
| Am. J. Int'l L. ..... | American Journal of International Law |
| Am. U. J. Int'l L. & Pol'y | American University Journal of International Law and Policy |
| B.C.L. Rev. ..... | Boston College Law Review |
| Cir. ..... | Circuit |
| Colum. L. Rev. ..... | Columbia Law Review |
| Duke L. J. ..... | Duke Law Journal |
| F.2d ..... | Federal Reporter, second series (Bulletin des arrêts fédéraux d'appel 1924-1993) |
| F.3d ..... | Federal Reporter, third series (Bulletin des arrêts fédéraux d'appel 1993- ) |
| F.Supp ..... | Federal Supplementary (Bulletin des arrêts fédéraux de district) |
| Harv. L. Rev. ..... | Harvard Law Review |
| HILJ ..... | Harvard International Law Journal |
| S. Ct. ..... | Supreme Court Reporter (Bulletin officiel des arrêts de la Cour suprême fédérale) |
| U.S. ..... | United States Reports (Bulletin des arrêts de la Cour suprême fédérale) |
| Vand. J. Transnat'l L. ..... | Vanderbilt University Journal of Transnational Law |
| Yale J. Int'l L. ..... | Yale Journal of International Law |
| Yale L. J. ..... | Yale Law Journal |

# INTRODUCTION

« Si j'ai pu voir plus loin,
c'est que je me tenais sur les épaules de géants ».

— Lettre d'Isaac Newton à Robert Hooke —

**1.** En 1986, l'inflation rongeait les salaires réels des Égyptiens après la baisse des prix de pétrole et le rendement faible du Canal de Suez et du tourisme[1]. Le « plan quinquennal » de réforme économique, entamé par le régime du Président Moubarak quelques années plus tôt, n'avait pas soigné la colère populaire grandissante. En cette année, la presse égyptienne faisait état d'une cinquantaine de grèves dans différents services et industries publics[2]. Malgré des dizaines de morts et des centaines d'arrestations fondées sur l'état d'urgence, l'une de ses mouvances a marqué, plus profondément que les autres, la mémoire collective du peuple Égyptien. Il s'agit de la grève organisée par la ligue des conducteurs de trains qui a paralysé les artères principales du Caire, la ville la plus peuplée du continent africain. Parmi les 300 conducteurs rassemblés dans le quartier général pour demander une meilleure rémunération et une protection sociale compréhensive[3], la majorité a été arrêtée par les forces de l'ordre et 37 ont été mis en accusation devant une juridiction d'exception, la Cour de Sûreté de l'État. Leur crime est d'avoir fait grève.

**2.** Selon l'article 124 du Code pénal égyptien, interrompre volontairement son travail « *dans le but d'accomplir un objectif commun* » est un délit passible d'emprisonnement et d'amende. La défense des grévistes a soulevé un moyen fondé sur l'article 8 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels. Cette disposition précise que « *les États parties au présent Pacte s'engagent à assurer […] le droit de grève, exercé conformément aux lois de chaque pays* ». Le moyen est accepté par la juridiction répressive. Il est noté dans la décision que le droit conventionnel de grève doit être organisé par le législateur « *et ne peut être absolument interdit* »[4]. Ainsi, l'infraction nationale a été écartée au profit de la convention internationale.

**3.** C'est dans le résultat atteint par le juge pénal dans cette affaire que réside l'intérêt de notre sujet. « *Alors que des pans entiers du droit privé échappent aujourd'hui à la compétence du législateur national, celui-ci conserve pour l'essentiel la maîtrise du droit pénal* »[5]. Toutefois, l'internationalisation progressive du droit pénal a mis de l'eau dans le vin de la compétence du législateur national.

---

1 AMINE Galal, *Tarikh al-iqtisad al-masri min Mohamed Ali ila Moubarak* [L'histoire de l'économie égyptienne de Mohamed Ali à Moubarak], Al-Chorouk, Le Caire, 2012, p. 87.

2 WEISS Dieter et WURZEL Ulrich, *Environnement économique et politique de transition vers l'économie de marché : l'Égypte*, Études du Centre de Développement, OCDE, 1998, p. 187.

3 CHAKER Salah, « La grève des conducteurs de chemins de fer en 1986 » (article en arabe), *La Flamme (Al-Charara)*, 1er décembre 1999, consulté le 16 janvier 2018 sur : revsoc.me.

4 *Ibid.*

5 DESPORTES Frédéric et LE GUNEHEC Francis, *Droit pénal général*, 15e éd., Economica, 2008, p. 194

Désormais, les traités constituent une source importante pour le droit pénal national. Le caractère régalien du droit de punir s'érode et se contracte. Les juridictions répressives internes, sensibles à cette internationalisation, contribuent de leur propre initiative à une influence grandissante des conventions internationales sur le droit pénal interne. On passe subtilement d'un principe de légalité criminelle à un principe de normativité criminelle[6].

**4.** Ce phénomène mérite une étude comparée qui retrace ses évolutions et systématise les solutions apportées par le juge pénal national en la matière. Le droit pénal égyptien a été choisi par chauvinisme conscient[7]. « *Il ne faut pas nier le caractère en partie subjectif du choix qui est guidé par/vers ce que l'on connaît ou ce que l'on est capable de découvrir (notamment en termes de langues)* »[8]. Le droit pénal égyptien est confronté à son homologue français pour raison des inspirations historiques et des influences contemporaines du second sur le premier. La comparaison avec le droit pénal américain est intéressante pour enrichir la recherche des solutions jurisprudentielles du système de *Common Law*. Le même texte international, une rare source commune de droit pénal, est présenté devant le juge répressif dans trois États de traditions juridiques distinctes. Quel sort lui est-il réservé dans l'ordre répressif interne par le juge national ?

**5.** « *Il s'agit en effet, dans l'articulation entre l'ordre international et l'ordre interne, de poser une écluse qui permette aux normes internationales de pénétrer l'ordre interne à un débit mesuré et, surtout, maîtrisé* »[9]. Cette citation aurait mieux correspondu à notre sujet d'étude si elle ne manquait pas de préciser le rôle du juge dans ce processus d'articulation. Si l'écluse est, à notre sens, le texte constitutionnel définissant la force juridique du droit international dans le système interne, c'est le juge qui est responsable de son ouverture et du passage des conventions internationales, les vaisseaux de cette métaphore. Le juge en est l'éclusier.

## § 1. LA CONCEPTION DE L'ARTICULATION ENTRE L'ORDRE INTERNATIONAL ET L'ORDRE INTERNE

**6.** **Les premiers traités.** L'histoire nous livre plusieurs prémisses de conventions qui ont été conclues à divers moments pour organiser des relations ou régler certains conflits entre différentes entités politiques et sociales. Un des traités les mieux connus est le traité de perle

---

6 DRAGO Marie-Line, *Le principe de normativité criminelle, reconfiguration du principe de légalité criminelle*, Thèse, Université de Montpellier, 2016, 418 p.

7 Nous opposons cette notion à celle de « chauvinisme inconscient », présentée par Jean Pradel et attribuée à Marc Ancel. Elle est citée dans le cadre des intérêts du droit pénal comparé : « le droit comparé rend plus modeste le juriste d'un pays sur son propre droit : le seul fait pour le juriste d'un pays d'explorer les institutions étrangères contient le risque (ou la chance) de découvrir de bonnes choses dans le droit étranger considéré et *par voie de conséquence de relativiser ce chauvinisme inconscient que tout juriste porte en lui* » ; PRADEL Jean, *Droit pénal comparé*, 4e éd., Dalloz, 2016, p. 12.

8 PARIZOT Raphaële, « Utilité et méthode du droit pénal comparé », in *Humanisme et Justice : Mélanges en l'honneur de Geneviève Giudicelli-Delage*, Dalloz, 2016, p. 802.

9 GAUTIER Marie, « L'effet direct des conventions internationales », *RFDA* 2012, p. 560.

conclu par Ramsès II avec le roi des Hittites vers l'année 1292 avant J.-C. « *Ce traité posait les principes d'une alliance doublée d'une coopération sur une base de réciprocité, notamment en matière d'extradition des réfugiés politiques* »[10]. La Bible documente le caractère obligatoire d'un traité conclu entre Josué et les Gabaonites[11]. Jusqu'au Moyen Âge, on était au stade d'un « *droit international sans les États* »[12]. Concrètement, on ne peut parler d'un système interétatique réel qu'à partir de la convention de Westphalie, point de départ du droit international moderne. C'est à cette date que les entités monarchiques ont pu concrétiser une certaine conscience de leur souveraineté et ont ainsi pu décider d'entrer en relations internationales. Si la souveraineté s'est glissée ultérieurement dans l'absolutisme royal[13], elle fut « *nationalisée* » à l'issue des révolutions américaine et française[14]. Ces évolutions n'ont pas influencé la persistance de l'inter-étatisme.

## 7. Le monisme et le dualisme.

> « Ou bien la Constitution s'efface derrière le droit international, mais ne faut-il pas alors nier la souveraineté de l'État avec toutes les conséquences qui en découlent sur le plan politique et juridique ? Ou bien la Constitution l'emporte, mais on aboutit alors à une remise en cause du droit international, en tant que système uniforme et commun à l'ensemble de la société internationale. »[15]

La cohabitation de deux univers juridiques a pu être ressentie avec les écrits de grands auteurs classiques sur la question, comme Grotius et Vattel[16]. Le premier couple de catégorisation qui est venu organiser cette cohabitation a été celui de monisme-dualisme. Ces termes ont fait leur rentrée dans le monde juridique par radiation du domaine philosophique. Platon séparait déjà le monde matériel du monde des idées[17], une séparation qui a été exposée dans son allégorie de la caverne. L'interrogation sur la nature du Christ lors du concile de Chalcédoine s'inscrit dans la même ligne. Ce débat est hérité de la philosophie moderne, Descartes et son dualisme du corps et de l'esprit[18], Spinoza et son ontologie de la « *substance*

---

10 DAILLIER Patrick, FORTEAU Mathias, QUOC DINH Nguyen, Pellet Alain, *Droit international public*, LGDJ, coll. Traités, 8ème édition, 2009, p. 54.

11 HOLLIS Duncan, *The Oxford guide to treaties*, Oxford University Press, 2012, p. 1.

12 *Ibid.*, p. 52.

13 *Ibid.,* p. 62.

14 *Ibid.,* p. 71.

15 BLUMANN Claude, « L'article 54 de la Constitution et le contrôle de la constitutionnalité des traités en France », *RGDIP* 1978, p. 538.

16 V. *Ibid.*, p. 64-68.

17 « Avec le *Phédon*, la doctrine platonicienne de l'être introduit une coupure radicale, un *chorismos*, entre deux espèces d'étant, *duo eidè tôn ontôn*, l'une visible, l'autre invisible. Si le visible ne reste jamais le même, emporté dans le flux inlassable du temps, l'invisible conserve toujours son identité à laquelle est associée l'âme », MATTEI Jean-François, *Platon*, Presses Universitaires de France, coll. Que sais-je ?, 2007, p. 49.

18 V. DEVILLAIRS Laurence, *René Descartes*, Presses Universitaires de France, coll. Que sais-je, 2013, 128 p.

*une et infinie* »[19], incarnant les deux points de vue divergents. On peut donc facilement imaginer le résultat de la transposition de cette dialectique dans le domaine de la relation entre les systèmes juridiques : une école unifie les univers interne et international, une autre les sépare.

**8.** Il faut analyser le couple monisme-dualisme sur deux niveaux, l'un conceptuel et l'autre pratique. Ce paragraphe se contente d'exposer la théorie, laissant la pratique des États pour un approfondissement ultérieur[20]. Du point de vue conceptuel, le dualisme, partant d'une vision volontariste du droit international[21], considère que les ordres juridiques, interne et international, sont deux systèmes juridiques égaux, indépendants et séparés. Leurs sources et leurs sujets étant différents, une norme internationale a besoin d'être transformée ou incorporée en droit interne pour trouver application. Le monisme[22], pour sa part, a puisé son fondement théorique dans l'objectivisme et ses variations normativiste[23] et sociologique[24]. Dans sa version prédominante, il s'agit de reconnaître un seul et même ensemble qui réunit droit international et droit interne dans une relation de subordination qui ne dépend pas de la volonté de l'État. L'ensemble des normes juridiques se trouve alors dans une hiérarchie pyramidale à la tête de laquelle repose le droit international. Cette conception a été illustrée par la Cour permanente de justice internationale (CPJI) dans un avis[25] où elle refuse qu'un État puisse invoquer sa propre constitution pour se soustraire aux obligations que lui imposent le droit international ou les traités en vigueur. Allant plus loin, la CPJI a même considéré qu'« *au regard du droit international […], les lois nationales sont de simples faits, manifestation de la volonté et de l'activité des États, au même titre que les décisions judiciaires ou les mesures administratives* »[26].

**9.** **Une troisième voie : le pluralisme.** L'évolution des relations internationales due aux deux guerres mondiales et la métamorphose en économie globalisée ont produit bien évidemment de nouvelles cases théoriques qui correspondent mieux à l'esprit des temps. Mireille Delmas-Marty évoque une version du pluralisme[27], qu'elle qualifie d'« *ordonné* ». Elle observe que le

---

19 V. GILLOT Pascale, « La pensée sans lieu : la critique de l'intériorité de Spinoza à Wittgenstein », *Philosophie*, n° 87, 2005/4, p. 78-94.

20 V. *infra*, n° 11 et s.

21 Exposée par H. TRIEPEL dans son ouvrage *Völkerrecht und landesrecht* (Droit international et droit interne, Leipzig, 1899) et D. Anzilotti dans son *Corso di Diritto Internazionale* (Cours de droit international, Rome, 1915) ; V. BERRAMDANE Abdelkhaleq, *La hiérarchie des droits : droits internes et droits européen et international*, Edition l'Harmattan, collection Logiques juridiques, 2002, p. 17.

22 Le premier ouvrage d'inspiration moniste est paru en 1899 à Stuttgart, en Allemagne toujours et à la même date de parution que l'ouvrage de Triepel, rédigé par Wilhelm KAUFFMAN et intitulé *Die rechtskraft des internationalen Rechts* (Fondement du droit des gens).V. *Ibid., p.* 19.

23 H. KELSEN et la *théorie du pur droit* qui impose l'unité de l'ordre juridique. V. *Ibid., p.* 21-22.

24 Représenté par L. Duguit et sa conception de la solidarité sociale comme source du droit. Cette conception sera reprise par G. Scelle pour développer la société universelle des peuples. V. *Ibid., p.* 23.

25 CPJI, avis du 4 févr. 1932, *Traitement des prisonniers de guerre polonais à Dantzig*, Sér. A/B, n° 44.

26 CPJI, arrêt du 25 mai 1926, *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise*, Sér. A, n° 7.

27 Selon Jean-Sylvestre Bergé, le pluralisme a été conçu par Santi Romano « comme un instrument de définition de l'ordre juridique, […] largement utilisé en théorie, sociologie ou anthropologie du droit pour décrire la diversité

… / …

monisme est « *utopique* » et que le dualisme ne prend pas en compte les instances de primauté du droit international sur le droit interne[28]. Cette « *troisième conception, qui échappe à l'alternative monisme-dualisme, substitue à la hiérarchie des normes leur interaction, conduisant vers un ordre juridique que l'on pourrait nommer pluraliste* »[29]. Au pluralisme de fusion[30], ou « *modèle universaliste du type hégémonique* »[31], représenté par l'extension extraterritoriale du droit américain surtout en matière de droit des affaires, elle oppose un modèle plus complexe d'interactions horizontales et verticales[32], tenant compte de la diversité des ensembles juridiques nationaux et internationaux. Pour y arriver, ces derniers doivent se stabiliser normativement et institutionnellement, et voir leur durabilité renforcée par des « *concepts régulateurs* »[33], d'où la terminologie du « *pluralisme ordonné* ». Cette conception devient inévitable du moment où elle considère que l'actualité d'un repli souverainiste, dans ses facettes politico-juridique et économique, « *n'est qu'une illusion* »[34]. Le droit international vieillissant revit alors un souvenir d'enfance, un « *droit international sans les États* ».

**10.** Loin des classifications théoriques, pour qu'une convention internationale fasse sa transition de l'ordre international, à travers le barrage de la souveraineté, et navigue dans l'ordre juridique interne, il faut un texte national qui assure ce passage, et un juge qui l'assume. Enfin, une écluse, un éclusier et un vaisseau.

## § 2. L'ÉCLUSE : LE TEXTE CONSTITUTIONNEL À TRAVERS LE BARRAGE DE LA SOUVERAINETÉ

**11.** **Définition.** L'écluse, dans notre analogie de départ, est le texte constitutionnel qui permet la pénétration du droit international dans l'ordre juridique interne et définit sa force obligatoire. Elle contient en elle un travail de synthèse entre contexte historique et considérations politico-juridiques. Elle constitue un exercice de choix entre différentes conceptions de l'articulation

---

des systèmes juridiques et des liens qui se nouent entre eux », V. Jean-Sylvestre BERGE, « Hiérarchie des normes et application du droit au niveau national, international et européen », *CEJEC Working Papers Series*, 2011/5, p. 3. Pour la notion du pluralisme politique, V. EHRLICH Stanislas, « Le problème du pluralisme », *L'homme et la société*, n° 5, 1967, p. 113-118.

28 DELMAS-MARTY Mireille, « La Cour pénale internationale et les interactions entre droit interne et international », *RSC* 2003, p. 2.

29 *Ibid.* George Scelle évoquait déjà le pluralisme de la doctrine moniste « en ce sens qu'elle laisse subsister et même garantit tous les ordres juridiques spontanés » qui sont coordonnés dans un ordre de superposition ; SCELLE George, « De la prétendue inconstitutionnalité interne des traités : à propos du traité sur la Communauté européenne de défense », *RDP*, 1952, p. 1016.

30 DELMAS-MARTY Mireille, *Les forces imaginantes du droit : Le pluralisme ordonné*, éditions du Seuil, 2006, p. 9.

31 DELMAS-MARTY Mireille, « L'intégration européenne entre pluralisme, souverainisme et universalisme », *RSC* 2016, p. 450.

32 DELMAS-MARTY Mireille, *Les forces imaginantes du droit : Le pluralisme ordonné*, *op. cit.*, p. 259.

33 *Ibid.*, p. 267.

34 DELMAS-MARTY Mireille, « L'intégration européenne entre pluralisme, souverainisme et universalisme », *op. cit.*, p. 453.

entre les systèmes nationaux et internationaux, dont les plus célébrées sont celles de monisme et dualisme évoquées précédemment[35].

**12.** Ce choix revêt plus d'importance en matière de droit pénal, domaine dans lequel le droit de punir est une émanation du droit de souveraineté[36]. « *La souveraineté étatique, quoique dénominateur commun entre droit pénal et droit international, s'oppose à leur rapprochement. En effet, elle se heurte a priori tant à l'immixtion du droit international dans les droits pénaux internes qu'à l'introduction d'une dimension pénale en droit international* »[37]. Pour la première hypothèse, est avancée la compétence pénale exclusive de l'État sur son territoire ; pour la seconde, la crainte d'une justice pénale supranationale.

**13.** **L'écluse synonyme de dualisme.** Donnedieu de Vabres résume notre vision plutôt réaliste de cette question, énonçant que :

> « Le droit international n'est partie intégrante du droit interne qu'en vertu d'une disposition constitutionnelle du droit interne ; il ne vaut donc pas comme droit interne en vertu de sa propre essence »[3839].

La Cour de Cassation égyptienne fait écho à cette vision en confirmant que la force obligatoire et les effets des normes internationales sont, pour les individus et les tribunaux, définis par le droit interne[40].

**14.** Donc, hors de l'écluse, point de salut (V. annexe n° 4). À partir de là, on peut distinguer les alternatives monisme-dualisme dans la pratique constitutionnelle des États, de leur conception doctrinale. Le monisme « *à l'état pur* »[41] n'existe pas dans la pratique. Le dualisme est tempéré par des procédures comme la publication qui permettent l'introduction des conventions sans

---

35 V. *supra* n° 7 .

36 Cass. Crim., 20 janvier 1873, *Bull.* n° 10, *cité dans* GENEVOIS Bruno, « Le Conseil constitutionnel et le droit pénal international », *RFDA*, 1999, p. 286. Pour Madame PARIZOT, l'omnivisibilité du droit pénal traduit l'omniprésence de l'État ; PARIZOT Raphële, *La responsabilité pénale à l'épreuve de la criminalité organisée : le cas symptomatique de l'association de malfaiteurs et du blanchiment en France et en Italie*, LGDJ, Bibliothèque des sciences criminelles, tome 48, 2010, p. 33.

37 BELLIVIER Florence, EUDES Marina et FOUCHARD Isabelle, *Droit des crimes internationaux*, PUF, col. Thémis droit, 2018, p. 1.

38 PELLET Alain, « Vous avez dit "monisme" ? — Quelques banalités de bon sens sur l'impossibilité du prétendu monisme constitutionnel à la française », *L'architecture du droit — Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Economica, Paris, 2006, p. 829. V. dans le même sens, FAVOREU Louis et al., *Droit constitutionnel*, Dalloz, 17ème édition, 2015, p. 177-178 : « Les sources internationales n'ont vocation à concourir à la production de normes applicables en droit interne qu'en vertu de la Constitution. […] C'est encore et toujours celle-ci qui détermine, à la fois, la nature juridique des règles du droit international qu'elle reconnait comme source du droit et les conditions de leur applicabilité dans l'ordre juridique national ».

39 Cette définition rappelle une analogie avec le monde de la physique quantique, dans lequel certaines particules élémentaires (les conventions) ne peuvent acquérir une masse (force obligatoire) que par interaction avec un domaine extrinsèque, le champ de *Higgs* (texte constitutionnel).

40 Cass. Com. (Egy), 8 mai 2012, Req. n° 2345, année judiciaire 75, consulté sur *cc.gov.eg* .

41 EL BOUDOUHI Saïda, « Le juge interne, juge de droit commun du droit international ? État des lieux de l'invocabilité du droit international conventionnel en droit interne », *RFDA*, 2014, p. 372.

qu'une transformation complète en droit interne soit exigée. Ainsi, au niveau national, le couple monisme-dualisme répond plutôt à des techniques d'intégration des conventions internationales ; il identifie des orientations qui servent de base pour les juges nationaux. Ceci induit un troisième niveau d'analyse de l'articulation des ordres international et interne qui est la pratique jurisprudentielle, le cœur de cette étude. Cependant, nous confirmons, pour les fins de ce paragraphe, qu'un monisme constitutionnellement déclaré[42] n'empêche pas un dualisme judiciairement pratiqué. Le cas inverse est également plausible.

**15. L'écluse comme question de contexte.** Il est important de noter que le choix de l'écluse dans la pratique constitutionnelle des États ne répond pas à des soucis de positionnement par rapport au droit international, mais dépend plutôt de facteurs historiques et politiques[43]. Les États qui refusent aux traités toute applicabilité directe, sans intervention législative, le font parfois pour satisfaire à une soif démocratique. Pour mieux illustrer notre propos, prenons l'exemple de l'Angleterre, l'État-modèle de la conception dualiste en matière de relation entre ordres international et interne. Ce dualisme déclaré correspond moins à une réticence envers le droit international qu'à un souci de participation démocratique. L'histoire anglaise, qui a toujours donné à la Couronne le monopole de la compétence de conclusion des conventions internationales, a également dicté leur inapplicabilité sans intervention législative. Depuis la « *Glorieuse Révolution* » de 1688, et le *Bill of Rights* de 1689, la règle absolue était que l'approbation du Parlement était exigée pour l'exercice de toute prérogative royale qui implique soit une obligation sur le peuple anglais, soit une modification de la loi[44]. Cette règle de la « *souveraineté du Parlement* » a été étendue pour limiter le pouvoir royal de conclusion des conventions internationales en application d'un avis juridique formel de la part de plusieurs instances judiciaires importantes[45]. Une convention internationale n'est pas dotée de force de loi et n'est applicable devant les tribunaux qu'en vertu d'une loi d'incorporation votée par le Parlement. Frederick Maitland, professeur anglais de droit constitutionnel, prétendait même que « *jusqu'à ce qu'une loi d'incorporation soit votée, on pourrait […] se moquer de la convention* »[46].

L'écluse, comme produit d'un contexte, est analysée dans les systèmes américain (A), français (B) et égyptien (C).

---

42 Régis BISMUTH évoque poétiquement la fable du monisme en discutant de la vision d'Alain Pellet sur le sujet : « pour qui monisme constitutionnel d'abord, relève plutôt de l'oxymore. Afin d'attester de la contradiction, prendre notre que c'est par la Constitution, que nos cours intérieures, appliquent le droit des gens en vigueur », BISMUTH Régis, « Monisme : une fable », *in* ASCENSIO Hervé et al., *Dictionnaire des idées reçus en droit international*, Pedone, 2017, 606 p.

43 Pour un exemple récent, V. BEJEOUI Imed, « La Constitution tunisienne du 27 janvier 2014 et le droit international conventionnel : les controverses alimentées », *RIDC* 2019/1, p. 223.

44 VASQUEZ Carlos, « Treaties as law of the land: the supremacy clause and the judicial enforcement of treaties », 122 *Harv. L. Rev.* 599 (2008), 614.

45 *Ibid.* Il s'agit des juges du *King's Bench* et *Common Pleas*, le juge de *Court of Admiralty*, le procureur général et l'avocat général.

46 « until a statute has been passed [implementing a treaty,] one may . . . laugh at the treaty » [notre traduction]; VASQUEZ Carlos, *op. cit.*, p. 615.

### A. La clause de suprématie aux États-Unis d'Amérique : rupture avec la tradition anglaise

**16.** **Le contexte historique.** La déclaration d'indépendance de 1776 marque la naissance des États-Unis comme nation et comme sujet de droit international. Deux traités avec la France en 1778 ont cimenté l'alliance et ils ont permis l'intervention française pour assister les Américains contre l'Angleterre. Cette intervention a changé le vent de la guerre et le traité de paix a été conclu avec les Anglais pour reconnaître l'indépendance américaine en 1783[47]. On pouvait s'attendre à ce que cette nouvelle nation, héritière de la tradition anglaise, adopte la même position dualiste concernant les conventions internationales. Cela était le cas sous l'empire du premier texte constitutionnel américain, les Articles de la Confédération de 1777. Ces derniers prévoyaient un gouvernement national faible composé d'un seul organe, le « *Congrès Continental* ». Durant cette période, l'application des conventions internationales résidait exclusivement dans les mains des différents États. Le traité de paix de 1783 protégeait les créances britanniques de l'avant-guerre, mais les États renversaient son effet en promulguant des lois qui privaient les Britanniques de leur propriété. Ainsi, la Nation américaine se trouvait en violation de ses obligations internationales. Aucun mécanisme n'était prévu dans les Articles de la Confédération pour réparer ce « *mal* »[48], comme le qualifiait James Madison[49]. Le risque d'une nouvelle guerre pointait à l'horizon.

**17.** Le respect des obligations internationales conclues par la nation naissante était donc d'une importance ontologique plutôt que juridique[50]. L'incapacité du gouvernement central à faire respecter les conventions conclues par les États-Unis était l'une des raisons principales pour l'élaboration de la nouvelle constitution[51]. Si on pouvait imaginer que la Constitution de 1787, toujours en vigueur, s'alignerait sur sa précédente et sur la ligne anglo-saxonne traditionnelle, la lecture de son article 6 trahit cette déduction. Il dispose que « *La présente Constitution, ainsi que les lois des États-Unis qui en découleront, et tous les traités déjà conclus, ou qui le seront, sous l'autorité des États-Unis, seront la loi suprême du pays ; et les juges dans chaque État seront liés par les susdits, nonobstant toute disposition contraire de la Constitution ou des lois de l'un quelconque des États* ».

---

47 SLOSS David, RAMSEY Michael, DODGE William, « International Law in the Supreme Court to 1860 », *in International Law in the U.S. Supreme Court: Continuity and Change*, SLOSS David (dir.), Cambridge University Press, 2011, p. 7-8.

48 VASQUEZ Carlos, *op. cit.*, p. 617.

49 James Madison (1751-1836), homme d'État américain et l'un des « Pères Fondateurs ». Surnommé « Père de la Constitution » pour son rôle central dans sa conclusion, il a servi comme quatrième président des États-Unis de 1809 à 1817.

50 Il s'agit surtout des conventions conclues avec les « Nations européennes fortes ». Pour le traitement différentiel réservé aux conventions internationales selon les parties, V. *Chy Lung v. Freeman*, 92 U.S. 275 (1876) ; Cf. *United States v. Rauscher,* 119 U.S. 407 (1886) avec *Ker v. Illinois,* 119 U.S. 436 (1886).

51 VASQUEZ Carlos, « Treaty-based rights and remedies of individuals », 92 *Colum. L. Rev.* 1082 (1992), 1102.

**18. Une rupture raisonnée avec la tradition anglo-saxonne.** La conscience de cette rupture peut être observée dans l'un des premiers arrêts de la Cour suprême. Dans *Ware v. Hylton*[52], les juges rappellent, concernant les traités, la pratique « *invariable* » de la Grande Bretagne qui consiste à promulguer une loi d'incorporation de la part du Parlement. Pour la comparaison, les juges précisent, qu'en vertu de la Constitution américaine, une convention est obligatoire « *par la rigueur de sa propre force juridique* », sans exigence d'une intervention législative[53]. Ainsi, la fameuse « *clause de primauté* » déclare un monisme inconditionnel, nécessaire aux « *Pères Fondateurs* », face à des pouvoirs étatiques intrinsèquement décentralisés. Dans *Al-Bihani v. Obama*[54], la Cour fédérale d'appel a estimé que la violation des obligations internationales des États-Unis « *peut entraîner des conséquences graves, telles que soumettre l'État à des sanctions, porter atteinte à sa réputation dans la communauté internationale ou encourager les représailles contre le personnel américain à l'étranger* ». Même si ce monisme théoriquement inconditionnel a été dilué par la doctrine de *self execution* de la Cour Suprême, surtout dans son arrêt emblématique *Foster v. Nielson*, il n'empêche qu'il constitue une rupture profonde et consciente[55] avec la tradition, et cela toujours par influence des spécificités politiques et historiques de ce pays.

### B. L'ÉVOLUTION DES CONSTITUTIONS FRANÇAISES

**19. Plan.** L'évolution de l'écluse française peut être divisée en deux périodes, la date de 1946 étant déterminante. Le critère que nous retenons pour effectuer cette division est la définition ou non par le texte constitutionnel de la force juridique des conventions internationales dans l'ordre juridique interne.

#### 1. Avant 1946 : absence de référence explicite à la valeur juridique des conventions

**20. Évolution postrévolutionnaire.** Les conventions internationales étaient présentes depuis 1799 dans le système constitutionnel français. Il a été confié au gouvernement la conclusion des traités et « *autres conventions* »[56]. L'ancien article 2123 du Code civil donnait une valeur juridique aux traités en matière d'hypothèque, celle-ci ne pouvant résulter :

---

52 3 U.S. 199 (1796).

53 *Ibid.*

54 *Al-Bihani v. Obama*, 619 F.3d 1 (D.C. Cir. 2010).

55 Le délégué Mercer, ainsi que le rapport de minorité de la Convention de Pennsylvanie, indiquent que les traités nécessitent une intervention législative pour acquérir force de loi en Grande Bretagne; MCDONNEL Thomas, « Defensively invoking treaties in American courts : jurisdictional challenges under the U.N. drug trafficking convention by foreign defendants kidnapped abroad by U.S. agents », 37 *William and Mary Law Review* 1401, 1407 (1996).

56 Article 49 de la Constitution du 22 Frimaire An VIII.

> « Des jugements rendus en pays étranger, qu'autant qu'ils ont été déclarés exécutoires par un tribunal français ; *sans préjudice des dispositions contraires qui peuvent être dans les lois politiques ou les traités.* »[57]

Un traité de commerce avec la Russie a été appliqué par la Cour de Cassation dès 1811[58]. La chambre civile n'a pas déterminé l'autorité dudit traité, mais les conclusions de son Procureur Général ne laissent pas de doute sur sa valeur juridique. Monsieur Merlin a bien précisé que :

> « Le traité du 11 janvier 1787 était une loi pour la France comme pour la Russie, il avait été publié en France immédiatement après sa signature. […], aucun tribunal français ne pouvait le méconnaître et plusieurs fois vous avez cassé des arrêts pour avoir contrevenu aux traités passés entre la France et des nations étrangères »[59].

**21.** La constitution de 1848, pour sa part consacre dans son article 53 la compétence du président de la République — à la place du gouvernement — dans la négociation et la ratification des traités, sans aucune référence à leur autorité juridique dans l'ordre interne français. Il n'y aura pas de divergence dans la loi constitutionnelle du 16 juillet 1875 sur les rapports des pouvoirs publics.

**22.** **Prise de position par la jurisprudence.** Cependant, cette position n'empêchera pas la jurisprudence française de consacrer la force de loi des conventions après l'arrêt de 1811 précité[60]. Un arrêt de la Cour de cassation datant de 1839 rappelle que les traités « *ont le caractère de loi* »[61]. On peut penser notamment à la décision King de la chambre criminelle du 23 février 1912 qui confirme que « *les traités diplomatiques promulgués en France y ont force de loi* »[62]. Cette dernière formule apparaît comme une inspiration pour le texte constitutionnel de l'après-guerre, à une procédure près. Néanmoins, malgré un monisme jurisprudentiel

---

57 V. PELLET Alain (dir), MIRON Alina (dir), *Les grandes décisions de la jurisprudence française de droit international public*, Dalloz, 2015, p. 5. Selon les auteurs, cet article conférait « une certaine valeur juridique interne aux normes conventionnelles, et habilitait les particuliers à s'en prévaloir pour écarter des normes de droit interne du moins dans le cas particulier visé par cette disposition ».

58 Cass. Civ., 15 juillet 1811, *Dame Champeaux-Grammont, S.* 1811.1.377, *cité dans* PELLET Alain, « Vous avez dit 'monisme'? — Quelques banalités de bon sens sur l'impossibilité du prétendu monisme constitutionnel à la française », *L'architecture du droit — Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Economica, Paris, 2006, p. 837, note 57.

59 MERLIN Philippe Antoine, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence : A.-Z. Additions*, Garnery, 1815, p. 420.

60 Pour une liste d'arrêts explicitant cette position, V. PELLET Alain, *op. cit.*, p.837, note 57.

61 Cass. Civ., 24 juin 1839, *DP* 1839.1.257, *cité dans* BERGSTEN Eric, *Community Law in the French Courts: the law of treaties in modern attire*, Martinus Nijhoff, The Hague, 1973, p. 58.

62 Cass. Crim., 23 février 1912, *King, DP* 1915.1.84. Le Procureur général s'est pourvu en cassation d'un arrêt par lequel la Cour d'appel de Paris a déclaré que King, agent consulaire des États-Unis en France, ne pouvait être poursuivi devant le tribunal correctionnel, à raison de l'immunité dont il est revêtu en vertu de l'article 2 de la Convention consulaire franco-américaine du 23 février 1853. La Chambre criminelle casse l'arrêt en s'appuyant sur deux communications du ministère des affaires étrangères. En vertu de l'interprétation bilatérale des deux Puissances, « la clause d'immunité personnelle des agents consulaires devait s'entendre non d'une immunité de juridiction territoriale en matière répressive, mais seulement d'une exemption d'arrestation et de détention préventives ».

épisodique, l'exigence de promulgation[63], avec le mutisme du texte constitutionnel, laissait penser à une pratique judiciaire française plutôt dualiste[64].

## 2. Après 1946 : consécration de la pratique jurisprudentielle dans l'application des conventions internationales

**23.** **La Constitution de 1946.** La position du constituant français de 1946 sur la place des conventions internationales dans l'ordre juridique interne doit être analysée dans le contexte de l'après-guerre. La victoire était commune et l'avenir désormais commun. Avec la création de l'organisation des Nations Unies, et l'adoption de sa charte le 26 juin 1945, la Constitution française répondait aux idéaux d'une communauté internationale solidaire et coopérative. Le préambule annonce que « *la République fidèle à ses traditions, se conforme aux règles du droit public international* ». Selon Alain Pellet, l'article 26 de la Constitution de la IV[e] République ne fait que « *reprendre la formule jurisprudentielle traditionnelle en l'explicitant* »[65]. Les traités diplomatiques régulièrement ratifiés et publiés ont donc force de loi même dans le cas où ils seraient contraires à des lois françaises.

**24.** Outre cette consécration, on peut également observer l'innovation du constituant dans l'article 28, reconnaissant aux traités une autorité supérieure à celle des lois internes. Ce principe de primauté a été célébré dans la mesure où il se détachait de la règle jurisprudentielle classique de résolution du conflit loi-traité, *lex posterior derogat legi priori*[66]. Cependant, il ne faut pas voir dans l'article 28 une rupture soudaine d'avec cette règle de résolution de conflit, et cela pour deux raisons. La première réside dans l'élaboration de la doctrine Matter qui a tempéré son application absolue avant 1946. Si les auteurs font généralement référence au passage suivant dans les conclusions : « *Vous ne connaissez ou ne pouvez connaître d'autre volonté que celle de la loi. C'est le principe même sur lequel reposent nos institutions judiciaires* »[67], nous mettons en exergue celui dans lequel il affirme qu'« *il existe une présomption que la loi n'a pas voulu empiéter sur le traité et cette présomption ne peut être détruite que par une déclaration formelle de la loi* »[68]. La deuxième raison réside dans la pratique des tribunaux de la IV[e] République qui, malgré l'affirmation

---

63 Pour une définition de cette procédure et une idée de sa présence dans les arrêts de la Cour de Cassation, même après 1946, V. AUBERT Bernadette, *Le droit international devant la chambre criminelle : cinquante ans de jurisprudence*, Presses universitaires de France, Publications de la Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, tome 37, 2000, p. 53-57.

64 BERRAMDANE Abdelkhaleq, *op. cit.*, p. 123-125.

65 PELLET Alain, *op. cit.*, p. 837.

66 BERRAMDANE Abdelkhaleq, *op. cit.*, p. 125.

67 Pellet Alain, *op. cit.*, note126, p. 848.

68 Cass. Civ., 22 décembre 1931, *Sanchez*, *JDI* 1932, p. 701, concl. Matter. Il est intéressant de noter que le procureur Matter appuie son argument par référence à un arrêt de la Cour suprême des États-Unis affirmant que « si cela peut être raisonnablement fait, une loi du Congrès doit être interprétée de façon à maintenir l'exécution d'un traité et non à violer ses dispositions », *Ibid.*, p. 702, concl. Matter.

explicite de la primauté des traités, continuèrent à faire valoir la volonté du législateur exprimée dans les lois postérieures[69].

**25. La Constitution de 1958.** La cinquième République est donc héritière d'un monisme théorique poussé par l'approche internationaliste de ministres de la IV^e^ République[70] et d'un dualisme jurisprudentiel pratiqué et renforcé par le traitement différentiel des étrangers dans les lois françaises, surtout concernant certaines matières comme la location et la carte de commerçant[71]. À ce dualisme s'ajoutait la vision nationaliste de De Gaulle et de Michel Debré[72]. L'article 55 de la Constitution doit donc être analysé comme une synthèse de ces deux perceptions des relations entre l'ordre international et l'ordre interne. L'exigence de la condition de réciprocité incarne une attitude protectionniste envers le droit international, une attitude qui se soucie de la souveraineté nationale[73]. Ce monisme imparfait a subsisté dans la pratique jusqu'aux arrêts Jacques Vabre de la Cour de Cassation et Nicolo du Conseil d'État.

### C. L'ÉGYPTE, USINE DE NATIONALISATION DU DROIT FRANÇAIS

**26.** Nous ne prétendons pas exposer dans les paragraphes suivants un récapitulatif de l'histoire du droit en Égypte[74]. Nous sommes plutôt focalisés sur deux axes principaux. Un premier évoque

---

69 « Attendu que si l'article 26 de la Constitution de 1946 établit la supériorité du traité sur la loi interne, ceci est sans incidence sur la question posée, car si la loi est contraire au traité, il n'appartient pas au juge d'en refuser l'application », T.C. Seine, 7 mai 1952, *Allahterdi*, *G.P.* 1951.II.48, *cité dans* DINH Nguyen Quoc, « La jurisprudence française actuelle et le contrôle de la conformité des lois aux traités », *AFDI,* volume 21, 1975, p. 865.

70 Pierre Pflimlin et Guy Mollet selon BERRAMDANE Abdelkhaleq, *op. cit.,* p. 129. Comme l'a rappelé Pflimlin, derrière cette « question juridique, (…) c'est essentiellement une question politique qui était en cause. Il s'agissait, dans une large mesure, du sort réservé aux Communautés européennes ».

71 BERGSTEN Eric, *op. cit.*, p. 68.

72 BERRAMDANE Abdelkhaleq, *op. cit.*, p. 129, V. également DINH Nguyen Quoc, « La Constitution de 1958 et le droit international », *RDP* 1959, p. 518.

73 Christophe EOCHE-DUVAL considère même « qu'en approuvant l'article 55 en tant que constituant, le peuple français a perdu tacitement la souveraineté démocratique sur son droit en général » ; EOCHE-DUVAL Christophe, « Droit pénal et souveraineté démocratique : la France est-elle en train de perdre la maitrise de son droit pénal ? », *RSC* 2012, p. 306.

74 Pour une lecture détaillée de ce sujet, V. PIRENNE Jacques, *Histoire des institutions et du droit privé de l'ancienne* Égypte, Bruxelles, Edition de la fondation égyptologique, 3 parties en 4 volumes, 1932-1935 ; DUPRET Baudoin, *Le jugement en action : ethnométhodologie du droit, de la morale et de la justice en Égypte*, coll. « Travaux de sciences sociales », n° 207, 2006, Genève/Le Caire, Librairie Droz/CEDEJ, 496 p. ; LAFON Jacques, *Itinéraires: de l'histoire du droit à la diplomatie culturelle et à l'histoire colonial*, Publications de la Sorbonne, 2001, 352 p. Pour un excellent récapitulatif de l'histoire de droit égyptien, remontant à la période islamique, V. ELSEHLY Mahmoud, *La période précontractuelle : étude comparée des régimes français et égyptien*, Thèse, Université Toulouse Capitole, 2018, p. 1 et s. Pour ce qui est spécifique de l'histoire de droit pénal, V. PETERS Rudolph, *Crime and punishment in Islamic Law,* Cambridge University Press, 2006, 232 p., ABDELWAHHAB Gamil, *La légalité de la répression en droit français et en droit égyptien*, Thèse, Université de Rennes I, 1990, p. 94-98 ; et surtout KEBEICH Mahmoud, *L'inculpation : étude du droit français, essai de rapprochement avec le droit égyptien et le droit des États-Unis d'Amérique*, Thèse, Université de Poitiers, 1984, p. 19-28. Ce docteur de Poitiers a fait un excellent travail d'historien de droit remontant jusqu'à l'époque pharaonique.

les deux phases de réception du droit français en Égypte et de son « *égyptianisation* ». Cela nous permet de mieux exposer l'intérêt d'une étude comparée entre les deux pays. Un second part de cette influence pour retracer l'évolution du texte-écluse dans la constitution égyptienne.

## 1. L'influence francophone sur les bords du Nil

### 27. Droit français et colonisation anglaise.

> « Le droit et la procédure français avaient déjà pris racine en Égypte. Les Codes utilisés par les tribunaux mixtes étaient français. Tous les jeunes Égyptiens qui avaient reçu une formation juridique avaient suivi des études en France. Il était de ce fait inévitable que les nouveaux tribunaux s'inspirent d'un modèle français plutôt qu'anglais »[75].

Cette citation du Lord Cromer, gravée dans son ouvrage *Modern Egypt*[76], a été écrite par un homme ayant passé une trentaine d'années à la tête de l'administration de la colonisation anglaise du pays. Les administrateurs coloniaux n'ont pas pu angliciser la tradition juridique[77] parce qu'ils « *ont occupé le pays après un siècle d'influence française au niveau de l'administration publique, de l'éducation et des relations économiques* »[78]. Mais surtout parce que, à notre sens, un code est plus facile à transmettre qu'un droit jurisprudentiel, surtout lorsque le rattachement au code devient un acte de résistance juridique.

**28. L'importation de l'influence francophone.** Sans prétendre à l'exhaustivité, nous dressons dans ce paragraphe un tableau de la métamorphose juridique en Égypte par le processus de la réception du droit et de la culture français. La date de 1798 semble paver le chemin d'une rupture avec la prédominance de la culture et du droit ottomans. La campagne d'Égypte a sans doute ouvert la brèche. Certains officiers français, restés dans le pays après le départ de l'expédition en 1801, ont été employés par le gouverneur Khosrou Pacha pour former les soldats égyptiens sur le modèle français[79]. L'arrivée de Mohamed Ali au pouvoir en 1805, avec son projet moderniste, a catapulté le pays dans un exercice d'emprunt de techniques et de technocrates européens, surtout français. « *L'implantation d'un réseau scolaire francophone avait préparé les classes cultivées aux modes de raisonnement et aux concepts français* »[80]. Depuis les années 1820, des étudiants égyptiens étaient envoyés pour étudier dans les facultés de droit françaises[81]. L'armée a également vécu une influence française depuis les années 1820, où le

---

75 GOLDBERG Jan, « Réception du droit français sous les britanniques en Égypte : un paradoxe ? », *Egypte/Monde arabe*, Première série, n° 34, paragraphe 15.

76 CROMER Earl of, *Modern Egypt*, New York: The Macmillian Company, 1908, volume 2, 600 p.

77 Plusieurs projets de codes inspirés des conceptions anglo-saxonnes ont été préparés, dont celui de 1917 qui « *n'a pas abouti en raison de la résistance nationaliste qui l'a considéré comme un pas vers l'annexion de l'Égypte à l'Empire Britannique* », HOSNI Naguib, « La législation pénale dans le monde arabe », *RSC* 1967, p. 806.

78 GOLDBERG Jan, *op. cit.*, paragraphe 28.

79 FAHMY Khaled, *Tous les hommes du Pacha*, Al-Chorouk, 5ème édition, 2015, p. 137.

80 *Ibid., p.* 122.

81 GOLDBERG Jan, *op. cit.*, paragraphe 12.

colonel Joseph Sève et le général Boyer ont été embauchés comme conseillers[82]. L'ingénieur français M. de Cerisy entama la construction de l'arsenal naval à Alexandrie en 1829[83]. Au début des années 1830, l'Égypte adopte de façon indirecte les lois militaires françaises en important les Codes militaires ottomans, eux-mêmes inspirés du droit français[84]. Le projet du canal de Suez, entamé par Ferdinand de Lesseps dès son arrivée en Égypte en 1854, a approfondi les intérêts économiques et politiques avec la France.

**29.** Le coût phénoménal du canal - ainsi que le style de vie exorbitant de la famille royale - a provoqué l'endettement du gouvernement égyptien auprès des grands pouvoirs. En conséquence, un système de tribunaux consulaires a été instauré, suivi par la nomination polémique de Monsieur De Blignères, un Français, au poste de ministre des Travaux Publics dans le gouvernement de Nubar Pacha[85]. L'aboutissement de cette phase historique était l'institution des tribunaux mixtes en 1876. Ces derniers avaient compétence dans les procès entre étrangers et ceux mettant en conflit un étranger et un Égyptien[86]. Le droit applicable était majoritairement français, vu que Nubar Pacha a demandé à Jacques Hippolyte Maunoury, un avocat français du barreau d'Alexandrie, de traduire et d'adopter les codes de Napoléon à la situation égyptienne. Six codes seront le produit de son travail, dont un code pénal (341 articles) et un code d'instruction criminelle (277 articles). Les années 1890 vont venir renforcer la réception du droit français avec la création de l'École française de droit du Caire, avec des intentions claires de développement de l'influence française[87].

**30.** **La nationalisation du droit français.** Cette période d'ouverture - volontaire ou forcée - à la culture européenne a été suivie par une approche d'« *égyptianisation* » du droit français. Le modèle de tribunaux mixtes a été étendu au système national de justice par un décret de 1883. Les codes qui y sont appliqués, rédigés par l'Italien Moriondo et le Français Vacher de Montguyon, s'inspirent très largement des codes mixtes[88]. Un nouveau code pénal a été

---

82 FAHMY Khaled*, op. cit., p.* 138.

83 *Ibid.*, p. 115.

84 *Ibid., p.* 139-140.

85 NASSAR Gaber, *Traité de droit constitutionnel*, Dar Al-Nahda Al-Arabeya, 2ème édition, 2002, p.219. Il est à noter que le poste de ministère de finances était occupé par un anglais, Monsieur Charles RIVERS WILSON, et ce en application d'un système de contrôle dualiste instauré par les États-créanciers.

86 LAFON Jacques, *op. cit.*, p. 135. Il est à noter que la compétence pénale des juridictions consulaires n'a été que légèrement touchée par l'institution de ce nouveau système de justice.

87 En 1896, le directeur de l'École annonça : « Les fondateurs de l'École ont voulu établir au Caire, […] au centre de ce pays où l'influence française a toujours été si bienfaisante, une École française d'enseignement supérieur destinée à propager notre langue, à répandre nos idées, à former la jeunesse égyptienne d'après nos traditions juridiques et administratives. […], ces jeunes gens […] seront pour le développement de l'influence française les plus précieux auxiliaires », DEGAYFFIER-BONNEVILLE Anne-Claire, *Histoire de l'Égypte modern : L'éveil d'une nation*, Champs histoire, 2016, p. 122.

88 *Ibid.*

promulgué en 1904[89] avec une forte influence du droit français, ainsi que des droits belge, italien, indien et soudanais[90]. Le système dualiste de justice, reposant sur la personnalité des lois, est resté intouché jusqu'à l'abolition des Capitulations en Égypte par la convention de Montreux en 1937. Il a survécu à de nombreux mouvements populaires, une guerre mondiale et la reconnaissance de la pleine souveraineté de l'Égypte en 1936. Maintenu pour une période transitoire de douze ans, il va faire l'objet de débats sur l'alternative à mettre en place. « *Cette unification juridictionnelle nécessite celle du droit* »[91], mais un droit qui incarne l'identité égyptienne dans son environnement arabe. C'est par réponse à ce besoin identitaire national qu'il faut analyser le travail de Monsieur El Sanhoury, président de la commission de révision du Code civil. Son expérience de comparatiste, acquise auprès d'Édouard Lambert selon certains auteurs[92], lui a permis d'effectuer un travail de synthèse entre droit musulman[93] et droit européen, et le succès du résultat a dépassé les frontières égyptiennes[94].

## 2. L'évolution du texte-écluse dans la Constitution égyptienne

**31. La Constitution monarchique.** L'influence historique du droit français sur son homologue égyptien nous permet d'émettre une hypothèse selon laquelle cette influence s'est également étendue au niveau constitutionnel. La Constitution de 1923, promulguée sous la monarchie, fut la première à évoquer les conventions internationales dans son article 46[95]. La commission de rédaction, nommée « *commission des trente* », a examiné les constitutions de nombreux pays européens avant d'adopter le modèle belge[96], parce que « *la Belgique était également une monarchie constitutionnelle avec de fortes traditions culturelles françaises* »[97]. Selon Jacques Berque, les membres de la commission se sont appuyés de manière extensive sur les travaux de Léon Duguit, professeur de droit à l'Université de Bordeaux, pour rédiger la constitution[98]. L'article 46

89 Ce code a servi de base pour le code pénal de 1937, toujours en vigueur en Égypte. Il ne se distingue de celui de 1904 que par des différences minimes, et il réserve par ce fait l'influence française.

90 HOSNI Naguib, *op. cit.*, p. 805.

91 LAFON Jacques, *op. cit.,* p.139.

92 *Ibid., p.* 140.

93 Pour un exposé détaillé de la vision de Monsieur Sanhoury au sujet du droit musulman et sa place dans la codification nouvelle, V. HILL Enid, « Al-Sanhuri and Islamic Law », *Arab Law Quarterly*, volume 3, numéro 2, 1988, p. 1895-1971.

94 Le Code civil égyptien a été importé par de nombreux pays arabes, à savoir la Syrie, la Lybie, le Koweït, les Émirats et le Yémen. De même, la jurisprudence égyptienne reste parmi les plus citées dans les décisions homologues des États arabes.

95 Pour un aperçu historique et juridique de la Constitution de 1923, V. DEGAYFFIER-BONNEVILLE Anne-Claire, « L'arbre sans racines : la Constitution égyptienne de1923 », *Égypte/Monde Arabe*, troisième série, n° 2, 2005, p. 37-52.

96 MAGHRAOUI Abdeslam, *Liberalism without democracy: Nationhood and citizenship in Egypt, 1922-1936*, Duke University Press, 2006, p. 58.

97 *Ibid.*, p. 130 [notre traduction].

98 *Ibid.*, p. 59.

conférait au Roi la compétence de la conclusion des traités dont il donnait connaissance au Parlement. Cependant, le texte prévoyait l'absence d'effet pour certains traités sans l'assentiment du Parlement[99]. La Constitution de 1923 restera en vigueur jusqu'en 1952, sauf pour une période d'instabilité où elle fut abrogée en octobre 1930 et rétablie en décembre 1935[100].

**32.** **Les constitutions républicaines.** L'ère monarchique révolue en 1952, les constitutions républicaines s'intéressent toujours à la question des conventions internationales. Le point de départ serait 1956, date à laquelle le constituant accorde la compétence de conclusion et de ratification des conventions au Président de la République, avec une clause dérogatoire — comme celle de 1923- exigeant l'autorisation du parlement pour certaines thématiques[101]. La nouveauté se présente avec la condition de publication qui donne « *force de loi* » aux conventions. La ressemblance avec la formule française n'est pas à ignorer.

**33.** Le texte constitutionnel de 1971[102], qualifié de « *prolongation du système constitutionnel antérieur* »[103], reprend une organisation identique de la question[104]. La révolution du 25 janvier 2011, et les débats politiques qui sont issus, ont imposé la direction vers une réduction des pouvoirs du Président de la République dans la Constitution égyptienne et l'adoption d'un régime parlementaire. Ce choix a bien évidemment influencé le texte-écluse. Par conséquent, l'article 145 de la Constitution égyptienne de 2012 accorde au Président la compétence de représenter l'État dans ses relations extérieures, ainsi que la conclusion et la ratification des conventions internationales, mais exclusivement après l'approbation des deux chambres du Parlement[105]. La force de loi acquise après ratification et publication reste toujours le leitmotiv des constitutions successives après 1952.

**34.** **La Constitution en vigueur.** La constitution actuelle, datant de 2014, s'annonce avec une tendance plus internationaliste. Dès le préambule, elle confirme que :

---

99 Il s'agissait des « traités de paix, d'alliance, de commerce, de navigation, ainsi que tous ceux qui entraînent soit une modification du territoire de l'État, soit une diminution de ses droits de souveraineté, soit une dépense à la charge du Trésor public, ou qui porteraient atteinte aux droits publics ou privés des citoyens égyptiens, n'auront d'effet qu'après avoir reçu l'assentiment du Parlement ». Ce texte ne diverge en aucun point avec ses homologues historiques français.

100 V. BERNARD-MAUGIRON Nathalie, « Les constitutions égyptiennes (1923-2000) : Ruptures et continuités », *Egypte/Monde Arabe*, deuxième série, n° 4-5, 2001, p. 103-133.

101 Article 143 de la Constitution égyptienne de 1956.

102 Article 151 de la Constitution égyptienne de 1971.

103 NASSAR Gaber, *Traité de droit constitutionnel*, Dar Al-Nahda Al-Arabeya, 2ème édition, 2002, p. 264.

104 Pour présentation, V. ELARABY Nabil, GOMAA Mohammed et MEKHEMAR Lamia, « Egypt », *in* HOLLIS Duncan et al. (dir.), *National Treaty Law and Practice*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2005, p. 227 et s.

105 Avant 2012, la chambre haute du parlement égyptien avait un rôle purement consultatif duquel elle tirait le nom de « conseil consultatif ». Le choix du régime parlementaire après cette date a conféré à cette chambre des fonctions plus législatives.

> « Nous rédigeons une Constitution qui nous ouvre la voie de l'avenir, et s'aligne sur la Déclaration universelle des Droits de l'Homme, à la rédaction de laquelle nous avons participé et que nous avons approuvée ».

Les références de « *conformité aux normes internationales* » ne manquent pas dans une diversité de domaines comme l'éducation nationale[106], l'enseignement technique et la formation professionnelle[107], l'enseignement universitaire[108] et les domaines sportifs[109]. Le texte-écluse, incarné dans l'article 151, reprend les mots de la constitution de 2012 dans son exigence d'une approbation préalable avant la ratification des conventions internationales par le Président, mais il exclut la haute chambre du Parlement de ce processus. Une convocation pour un référendum est demandée « *en ce qui concerne les traités de paix et d'alliance et les traités touchant aux droits de souveraineté* », et « *dans tous les cas, aucun traité contraire aux dispositions de la Constitution ou qui conduise à la concession de territoires de l'État ne peut être conclu* ». Mis à part ce caractère formellement internationaliste, la vraie nouveauté s'affiche à l'article 93 de la Constitution de 2014. Selon cette disposition, L'État s'engage à respecter les traités, accords et conventions internationales relatifs aux droits de l'homme ratifiés par l'Égypte. Ces derniers ont force de loi après leur publication. À première vue, une interprétation qui place spécifiquement les conventions des droits de l'homme dans un ordre hiérarchique supérieur aux lois nationales ne sera pas dyslexique, mais la formule de « *force de loi* » qui suit laisse le regard errer. L'impact de ce texte nouveau sur le sujet de la recherche reste à mesurer dans la jurisprudence des tribunaux égyptiens et il nécessitera une intervention de la part de la Haute Cour Constitutionnelle pour définir sa portée et ses effets.

## § 3. LE JUGE ÉCLUSIER[110]

**35. Définition.** Le mot « *éclusier* », dans la métaphore de départ, n'a pas été choisi pour l'esthétique. Sa désignation reflète un désir de mettre l'accent sur le rôle indispensable du juge pénal dans le passage des conventions internationales dans l'ordre juridique interne. Une écluse ne suffit pas à elle-même, il faut un responsable pour la manœuvrer.

**36. Le juge pénal à l'intersection de souverainetés distinctes.** Dans le monde actuel, la frontière qui distingue le national de l'international devient un espace politique nouveau qui change continuellement, s'élargissant et se rétrécissant selon les cas[111]. C'est à l'intersection de cette frontière qui confronte des ordres juridiques distincts que se situe le travail du juge pénal

106 Article 19 de la Constitution égyptienne de 2014.

107 Article 20.

108 Article 21.

109 Article 84.

110 L'emploi du terme « éclusier » est le fruit d'une discussion avec le Professeur Michel MASSÉ qui a proposé son utilisation.

111 V. ROSENAU James, *Along the domestic-foreign frontier: exploring governance in a turbulent world*, Cambridge University Press, 1997, 488 p.

actuellement. Il est tenu par la souveraineté d'un droit interne d'une part, et par le fait qu'il est, faute de recours devant une instance supranationale, « *le juge de droit commun du droit international* »[112] d'autre part. Ce dédoublement fonctionnel[113] caractérise sa mission judiciaire et celle-ci dépend de sa culture et de la perception de son rôle. Faisant face aux mêmes problèmes et armés de mêmes instruments juridiques[114], les différents juges nationaux se trouvent projetés dans un dialogue transnational sur l'application des conventions internationales. Le juge pénal national est également victime de préjugés identiques lorsqu'il donne effet aux conventions internationales en matière pénale. Il est regardé comme agent de subversion du droit pénal national.

**37. La culture du juge comme facteur de ses choix juridiques.** Pour illustrer l'influence de la culture de la juge sur son application du droit, le droit à la dignité peut offrir un exemple intéressant. Une jeune anglaise âgée de 14 ans, à laquelle avait été diagnostiqué un cancer rare, a eu gain de cause le 10 novembre 2016 dans un procès[115] où elle demandait que son cadavre soit envoyé aux États-Unis et qu'il soit congelé dans un établissement spécialisé en la matière, en attente d'un progrès scientifique qui pourra la « *réanimer* ». L'analyse de la décision rendue par le juge Peter Jackson montre qu'elle ne tranche pas explicitement la question de la légalité de la « *cryonie* »[116], mais elle constitue quand même une étape dans l'évolution de l'acceptation de cette pratique. Des pays comme les États-Unis (notamment les États de Michigan et de la Californie) et la Russie développent une vraie industrie de cette « *deuxième chance de vie* »[117]. Cette position peut être contrastée avec celle du Conseil d'État français qui a refusé en 2006 de donner effet aux souhaits de Raymond Martinot de voir son corps conservé selon un procédé de congélation dans la propriété familiale. La cour administrative suprême avait bien admis que le choix du mode de sépulture est intimement lié à la vie privée en vertu des articles 8 et 9 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, mais qu'il « *peut faire l'objet de restrictions notamment dans l'intérêt de l'ordre et de la santé publics* »[118]. La loi prévoit exclusivement l'inhumation et la crémation comme modes de sépulture.

---

112 EL BOUDOUHI Saïda, *op. cit.*, p. 371. L'auteur part de la conception du rôle du juge national par la Cour de justice des Communautés européennes, suivant l'arrêt *Simmenthal*, pour essayer de transposer le raisonnement au droit international « classique ». On peut également tirer cette expression de la complémentarité de la compétence de la CPI.

113 Conception proposée par Georges Scelle dans son *Précis du droit des gens*; V. CASSESE Antonio, « Remarks on Scelle's theory of 'role splitting' (*dédoublement fonctionnel)* in International Law », 1 *EJIL* 210 (1990).

114 Selon l'allocution de Stephen BREYER, juge à la cour suprême des États-Unis, lors du troisième congrès de l'Association des cours constitutionnelles ayant en partage l'usage du français, Ottawa (Canada), 20 juin 2003, disponible sur : https://www.supremecourt.gov/publicinfo/speeches/sp_06-20-03.html.

115 *JS (Disposal of Body),* Re [2016] EWHC 2859 (Fam) (10 November 2016).

116 Pour un aperçu de cette pratique et son application aux États-Unis, V. PRICE FOLEY Elisabeth, *The Law of life and death*, Harvard University Press, 2011, p. 42 et s.

117 WEAVER Courtney, « Inside the weird world of cryonics », *Financial Times magazine*, 18 décembre 2015, consulté sur: *ft.com*, le 1er décembre 2016. V. également, VAUDANO Maxime, « Congeler les morts, un business d'avenir », *Le Monde*, 6 janvier 2014, consulté sur : *lemonde.fr*, le 1er décembre 2016.

118 CE, 6 janvier 2006, n° 260307, *Lebon*, p.8

Parmi les éléments expliquant ce contraste, la différence de culture juridique entre pays civilistes et les pays adoptant la *Common Law* apparaît comme l'un des plus pertinents. Le principe de la dignité du corps humain a été prolongé à la période post-mortem par l'article 16-1-1 du Code civil français, y compris pour les cendres issues d'une crémation pour lesquelles existe une organisation méticuleuse[119]. Ces valeurs pénalement protégées[120] feront obstacle à la prolifération d'entreprises commerciales comme aux États-Unis où règne une culture de souveraineté de l'individu sur son corps.

**38. Plan.** Ainsi, l'examen de la culture du juge peut offrir un premier élément d'analyse de son attitude envers l'application des conventions internationales. Cet examen se fait sur deux niveaux : celui de la culture juridique (A) dont il est issu et celui de la culture propre au juge (B).

## A. LE JUGE PÉNAL FRUIT D'UNE CULTURE JURIDIQUE

**39.** Il ne s'agit pas dans ces paragraphes d'établir un exposé détaillé des différentes cultures juridiques en question, mais plutôt d'étudier leur influence sur l'application des conventions internationales par le juge.

**40. Définition de la culture juridique.** Une culture juridique est « *constituée par les attitudes, croyances, raisonnements, perceptions, valeurs plus ou moins explicites, communs à un groupe de professionnels de droit* »[121]. Pour un juge, c'est l'espace intellectuel dans lequel il est formé et dans lequel il évolue[122]. Les deux plus grandes « *familles juridiques* » du monde sont celle du droit civil et celle de la *Common Law*. Pour établir une première distinction entre ces deux cultures juridiques, nous nous permettons de citer Antoine Garapon et Ioannis Papadopoulos longuement :

> « Ce qui est l'œuvre de la volonté pour les droits romano-germaniques est confié à la sagesse du temps et à l'expérience accumulée dans l'autre modèle[123], qui traduit le profond scepticisme des Anglo-Saxons quant à la possibilité d'une connaissance rationnelle des réalités humaines et de leur anticipation dans un texte les organisant. La règle juridique doit apporter des solutions concrètes à des problèmes que la pratique a révélés, non se substituer à des règles de conduite se confondant avec la morale, comme sur le continent. Le droit n'est pas un édifice reproduisant tant bien que mal l'harmonie souhaitée du monde : c'est un catalogue — non limitatif- d'actions juridiques. »[124]

---

119 Loi n° 2008-1350 du 19 décembre 2008 relative à la législation funéraire.

120 Article 225-17 du code pénal français.

121 GARAPON Antoine, PAPADOPOULOS Ioannis, *Juger en Amérique et en France : culture juridique française et "common law"*, O. Jacob, 2003, p. 28.

122 *Ibid.*, p. 23.

123 Cette description fait écho à la phrase d'Oliver Wendell Holmes, célèbre juriste américain et juge à la Cour suprême fédérale, pour lequel « la vie de droit n'est pas affaire de logique, c'est une affaire d'expérience ». LIDELL Éliane, *La justice pénale américaine de nos jours*, L'Harmattan, 2007, p. 101.

124 *Ibid., p.* 51-52.

D'un côté de l'Atlantique, la raison cartésienne et le code produisent une méthode déductive ; de l'autre, l'empirisme et le précédent incitent à l'induction[125].

**41. Telle culture, tel droit pénal, tel juge.** De chaque culture se déduit une conception du droit pénal et du rôle du juge pénal. Aux États-Unis, « *les théories de l'infraction, de la responsabilité pénale et de la peine se situent souvent au second plan derrière les grands débats sur les pouvoirs répressifs de l'État et les libertés individuelles* »[126]. Ainsi, le juge américain, qu'il soit fédéral ou étatique, est gardien des principes constitutionnels mis en jeu par des faits concrets, sans distinction entre matière civile, pénale ou administrative. L'application des conventions internationales se trouve imprégnée par les grandes questions chères à cette culture, à savoir par exemple le fédéralisme et la séparation des pouvoirs, surtout lorsque la compétence pour conclure certaines conventions par le pouvoir fédéral représente le cas de figure. Le rôle des instruments internationaux dans l'interprétation législative et constitutionnelle[127] ne fait pas l'unanimité entre les courants d'« *originalisme* »[128] d'un côté, et de la « *Constitution vivante* »[129] de l'autre. La Cour suprême de Caroline du Nord, dans *State v. Thompson*[130], a refusé d'appliquer le Pacte international des droits civils et politiques pour raison de « *prudence judiciaire* »[131]. De son côté, la Cour suprême fédérale a considéré que, sans recours prévu par la convention, le droit

---

125 Dans un papier intitulé « Common Law et droits romano-germaniques à l'heure de la mondialisation, Antoine Garapon écrivait : « Dans un système romano-germanique, le juge déduira de la règle juridique, de la disposition législative ou d'une jurisprudence constante, la solution au problème juridique auquel il se trouve confronté. Le juge de *common law* au contraire induit des précédents jurisprudentiels la règle de droit qu'il se doit d'appliquer au cas d'espèce » ; cité dans DELMAS-MARTY Mireille et BREYER Stephen (dir.), *Regards croisés sur l'internationalisation du droit : France — États-Unis*, Société de législation comparée, 2009, p. 76-77.

126 BEAUVAIS Pascal et MASSÉ Michel, « Questions prioritaires de constitutionnalité : nouvelles perspectives », *AJ Pénal*, 2011, p. 276.

127 Une série de décisions émanant de la Cour suprême dans les années 2000, notamment *Atkins v. Virginia* (2002) et *Roper v. Simmons* (2005), dans lesquels la Cour a « utilisé » des instruments internationaux pour confirmer son raisonnement. Pour discussion, V. TUSHNET Mark, « International Law and constitutional interpretation in the twenty-first century: change and continuity », *in International Law in the U.S. Supreme Court: Continuity and Change*, SLOSS David (dir.), Cambridge University Press, 2011, p. 507-517.

128 Courant jurisprudentiel et doctrinal avec plusieurs variantes ayant en commun un rattachement particulier à la volonté originale des pères fondateurs dans l'interprétation constitutionnelle. Ce courant a existé tout au long de l'histoire américaine et il était la source de plusieurs décisions controversées, à savoir *Scott v. Sandford*, 60 U.S. 393 (1857). Dans cette décision, la Cour s'est fondée sur la volonté « des hommes ayant rédigé la constitution, qui étaient de grands hommes » et qui « étaient incapables d'asserter des principes inconsistants avec leurs actes », pour conclure que ces grands hommes « excluaient la race noire de la famille civilisée et les condamnaient à l'esclavage ». La Cour a ensuite exposé sa méthode en confirmant que la constitution américaine doit être interprétée « dans les mêmes mots et avec la même intention et signification données par ses rédacteurs au moment qu'ils l'ont faite ».

129 Pour un excellent ouvrage qui détaille l'utilisation de cette méthode d'interprétation par la Cour suprême, V. STRAUSS David A., *The living Constitution*, Oxford University Press, 2010, 176 p.

130 359 N.C. 77, 126 (2004).

131 La prudence judiciaire est juxtaposée à l'activisme judiciaire. Ces termes traduisent surtout la position d'un tribunal par rapport aux conflits entre les différentes normes fédérales et étatiques. V. HUQ Aziz, « When was judicial self-restraint », 100 *California Law Review* 579 (2012).

subjectif ne peut trouver application[132], faisant écho au fameux adage de la tradition anglo-saxonne « *ubi remedium ibi ius* »[133].

**42.** En France, « *la Loi revêt toujours un sens, même en l'absence de toute application : elle est un signifiant commun* »[134]. En matière pénale, les lois inappliquées sont utiles et elles représentent même une marque de domination[135]. L'arbitraire de l'Ancien Régime a surtout contribué à un rattachement à la légalité et à la conception d'un juge « *bouche de loi* », qui l'applique de façon mécanique[136]. Comme le disait Robespierre, le mot jurisprudence devait disparaître de la langue française[137]. Le juge est interdit de « *prendre, directement ou indirectement, aucune part à l'exercice du pouvoir législatif* »[138], seul souverain pour régir les comportements et définir les valeurs protégées.

**43.** Cependant, en matière de conventions internationales, et surtout après que le Conseil constitutionnel s'est dispensé de vérifier la compatibilité des lois aux traités, le juge français veille sur la hiérarchie des normes par le biais du contrôle de conventionalité, écartant les dispositions législatives contraires et cela en dépit de l'interdiction catégorique dont il fait l'objet sous « *peine de forfaiture* »[139]. Ce juge évolue dans un contexte européen prônant la culture de l'effet direct du droit communautaire développé par la Cour de Justice des communautés européennes[140]. Il n'est pas étonnant que le premier arrêt de la Cour de cassation française reconnaissant la primauté des dispositions internationales antérieures à la loi concerne l'ordre juridique communautaire[141]. Nguyen Quoc Dinh décrit l'attitude générale du juge français à propos du droit international, une attitude qui oscille entre « *timidité* » et « *audace* » selon les thèmes[142]. À ce titre, on peut citer l'arrêt de la Cour d'appel qui a appliqué

---

132 Il s'agit de la décision *Sanchez-Llamas v. Oregon*, 548 U.S. 331 (2006).

133 Pas de droit sans action judiciaire.

134 GARAPON Antoine, PAPADOPOULOS Ioannis, *op. cit.*, p. 60.

135 SALAS Denis, *La justice dévoyée : critique des utopies sécuritaires*, Éditions des arènes, 2012, p. 38-40.

136 Des auteurs américains étudiaient, depuis les années 1970, la possibilité de remplacer le juge par un logiciel numérique. V. surtout, D'AMATO Anthony, « Can/should computers replace judges ? », *11 Georgia Law Review 1277* (1977).

137 Maximilien de ROBESPIERRE, *Œuvres, Discours 1789-1790*, séance du 18 novembre 1790, Assemblée nationale, Tome VI, Ed. du Miraval, 2007, p. 583, *cité dans* SALAS Denis, *La justice dévoyée : critique des utopies sécuritaires*, Éditions des arènes, 2012, p. 91.

138 Article 10 de la loi 16-24 août 1790.

139 *Ibid.*

140 Un corpus de décisions a bâti cette culture de l'effet direct, à savoir *van Gend en Loos* (1963), *Costa* (1964) et *Simmenthal* (1978).

141 Cass, Ch. Mixte, 24 mai 1975, *Société des Cafés Jacques Vabre*, D., 1975, p. 497.

142 V. DAILLIER Patrick, FORTEAU Mathias, QUOC DINH Nguyen, Pellet Alain, *op. cit.*, p. 258-261.

une convention « *non encore signée par la France* »[143], confirmant une autre fois notre prémisse de départ qu'est l'importance du rôle joué par l'éclusier.

**44. La rencontre de différentes cultures juridiques.** Entre ces deux cultures juridiques prédominantes, il existe des phénomènes de convergence et de tension. Si certains auteurs retracent les prémices d'une « *convergence harmonieuse* » au dix-huitième siècle avec la Révolution française et les critiques de philosophes des Lumières[144], nous nous rattachons plutôt à ses manifestations plus récentes au niveau international. Un espace de contact et de fusion important a été le procès de Nuremberg. Le rattachement des deux cultures juridiques à la garantie des droits procéduraux apparaît avec le chapitre IV de la charte de Londres instaurant le tribunal et intitulé « *procès équitable des accusés* »[145]. La Déclaration universelle des droits de l'homme a franchi un premier pas vers une unification des droits substantiels, renforcée par la conclusion de textes multilatéraux en 1966 comme les deux Pactes internationaux relatifs aux droits de l'homme. L'Europe et ses institutions continuèrent la marche, notamment après l'élargissement des années 1970, avec l'adhésion du Royaume Uni et de l'Irlande à l'Union européenne, pays de tradition de *Common Law*, ce qui a nécessité un travail d'hybridation au niveau légal et jurisprudentiel[146]. Les atrocités des années 1990 ont justifié la création de tribunaux pénaux internationaux pour le Rwanda et l'ex-Yougoslavie. Une combinaison d'éléments procéduraux des systèmes accusatoire et inquisitorial a été mise en œuvre devant ces instances, ce qui est également le cas avec l'avènement de la Cour Pénale Internationale, devant laquelle la procédure applicable est souvent décrite comme hybride[147]. Finalement, la criminalité organisée et transnationale a provoqué une harmonisation textuelle et a renforcé le rapprochement procédural d'entraide par le biais de nombreuses conventions sur le terrorisme, la corruption et la traite des êtres humains, entre autres.

---

143 Cass. Crim., 11 juin 1986, *PG*/Asseraf, B. 203, *cité dans* AUBERT Bernadette, *op. cit.*, p. 48. La cour d'appel a accédé à la demande d'une personne qui, évadée de la Suisse où elle purgeait une peine d'emprisonnement, demandait l'imputation du restant de la peine sur celle à laquelle il fut condamné en France, « eu égard à des considérations d'équité élémentaires consacrées par l'article 54 de la Convention européenne sur la valeur internationale des jugements répressifs, *non encore signée par la France* ». La Chambre criminelle casse la décision des juges du fond du moment qu' « aucune disposition légale ou conventionnelle » ne permet l'imputation requise.

144 AMANN Diane Marie, « Harmonic convergence ? Constitutional criminal procedure in an international context », 75 Indiana Law Journal 819 (2000).

145 *Ibid.*, p. 833. Guy Canivet trouve que c'est le modèle de procès équitable de la *common law* qui s'est diffusé sur le continent européen, V. CANIVET Guy, « Les influences croisées entre juridictions nationales et internationales », *RSC*, 2005, p. 805.

146 *Ibid.*

147 Pour un point de vue succinct qui défend la thèse d'une influence grandissante de la tradition de *Common Law* devant la CPI, V. LAUCCI Cyril, *Deux modèles concurrents à la Cour Pénal Internationale : Quand le droit anglo-saxon s'impose*, Le Monde Diplomatique, avril 2014, p. 16.

**45.** La convergence s'est également effectuée au niveau national. L'emprunt de modèles procéduraux se développe, comme « *guilty plea* » à la française[148], ainsi que l'*amicus curiae* dans le droit de l'environnement[149]. On trouve même une référence à un arrêt de la Cour suprême américaine dans les conclusions du procureur Matter sous l'arrêt *Sanchez* de la chambre civile[150]. Les instruments européens et internationaux énonçant les mêmes principes que la Constitution française, combinés au nouveau pouvoir de conventionnalité, ont produit un « *quasi-juge constitutionnel* »[151] français, rapprochant son rôle de son homologue américain.

**46.** Dans l'autre sens, l'influence est moindre. Cela étant, certains auteurs observent que la prolifération du modèle de l'expert unique, ainsi que la perte de vitesse de l'institution du jury populaire, constituent des correctifs que le système de *Common Law* a empruntés à son homologue civiliste[152]. Plus spécifiquement, la Cour suprême américaine a eu l'occasion, à plusieurs reprises, de renforcer son raisonnement juridique par référence à des décisions françaises[153] ou européennes[154]. La Cour fédérale a surtout confirmé l'appartenance des États-Unis à une communauté mondiale[155] ainsi que le poids important de l'opinion internationale[156] dans l'interprétation de la Constitution. William Rehnquist, l'ancien président de la Cour, a appelé les tribunaux américains à bénéficier de l'expérience de leurs homologues étrangers dans leurs décisions[157].

**47.** **Le dialogue judiciaire transnational.** Par la littérature des jugements[158], une sorte de dialogue transnational se développe entre les juges issus de cultures juridiques différentes, contribuant collectivement à « *l'internormativité* »[159] ainsi qu'à la formation de normes internationales en matière pénale. « *Ce dialogue s'est développé progressivement et à l'initiative propre des*

---

148 La comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité a été instaurée en droit français par la loi dite « Perben 2 ». Pour un aperçu de la procédure américaine, V. GARAPON Antoine et PAPADOPOULOS Ioannis, *op. cit.*, p. 68 et s.

149 Article L. 142-2, alinéa 1er du code de l'environnement donnant aux associations de protection de l'environnement la possibilité d'agir en justice pour la protection d'intérêts collectifs.

150 Cass. Civ., 22 décembre 1931, *Sanchez*, *JDI* 1932, p. 702, concl. Matter.

151 DE BECHILLON Denys, « De quelques incidences du contrôle de la conventionalité internationale des lois par le juge ordinaire », RFDA, 1998, p. 226.

152 GARAPON Antoine et PAPADOPOULOS Ioannis, *op. cit.*, p. 298-299.

153 Dans *Air France v. Saks*, 470 U.S. 392 (1985), la Cour suprême a fait référence à l'interprétation donnée au mot accident par la Cour de cassation française, ainsi que par la Cour d'appel de Paris.

154 Il s'agit de la décision CEDH, *Dudgeon c. Royaume Uni*, 22 octobre 1981, 7525/76. L'affaire *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003) était l'occasion pour la Cour suprême de confirmer les valeurs que la société américaine partage avec « une civilisation plus large ».

155 *Atkins v. Virginia*, 536 U.S. 304 (2002).

156 *Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551 (2005).

157 TUSHNET Mark, *A court divided: The Rehnquist court and the future of Constitutional Law*, W. Norton & Company, New York, 2005, p. 175.

158 CANIVET Guy, *op. cit.*, p. 801.

159 Expression de DELMAS-MARTY Mireille, *Cours : Un Pluralisme ordonné*, *op. cit.*, p. 476.

*juges internationaux qu'ils siègent dans les juridictions internationales pénales ou dans les instances de protection des droits de l'homme* »[160]. Les expressions pour désigner les différentes facettes de ce phénomène n'ont pas manqué, à savoir « *le gouvernement des juges* »[161], « *l'entreprise juridique globale* »[162] ou « *la communauté globale des tribunaux* »[163].

**48. La tension entre cultures juridiques.** Ce mariage de cultures juridiques reste épineux et des tensions importantes montrent leur tête, surtout dans le contexte de la mondialisation. Le marché international qui ne cesse de s'élargir entraîne un phénomène de compétition entre ces cultures, la *Common Law* américaine emportant confortablement la course, conséquence naturelle de la suprématie économique des États-Unis. Si le droit pénal « *classique* » reste relativement à l'abri[164], le droit pénal des affaires subit une américanisation sans relâche[165]. L'américanisation est appuyée par le fait que « *la majorité des entreprises transnationales (ETN) sont cotées sur le marché boursier américain, les grandes banques ont une licence bancaire aux États-Unis, enfin le commerce mondial se fait majoritairement en dollars* »[166], et elle est renforcée par la puissance des cabinets d'avocats américains[167]. En outre, un rapport de la Banque mondiale a critiqué l'inefficacité relative des droits romano-germaniques[168], tout comme l'organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) qui a déploré le peu de condamnations françaises en matière de corruption, appelant le législateur français à prendre inspiration de l'autre côté de l'Atlantique[169]. L'impérialisme juridique américain se conjugue

---

160 CHAUMETTE Anne-Laure, « Droit international pénal et droit international des droits de l'homme, illustration d'un dialogue des juges », *Brazilian Yearbook of International Law*, 2014, vol. 1, p. 5.

161 Conçue par Édouard Lambert dans son ouvrage *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis* en 1921, cette expression s'est revêtue de plusieurs sens à travers le temps. Pour un aperçu historique, V. DAVIS Michael, « A government of judges: an historical review », *35 The American Journal of Comparative Law 559* (1987).

162 ALFORD Roger, « Misusing International sources to interpret the Constitution », 98 *American Journal of International Law* 57 (2004), 57.

163 SLAUGHTER Anne-Marie, « A global community of Courts », 44 *Harvard Journal of International Law* 191 (2003).

164 « L'américanisation représente un phénomène généralisé, qui touche la totalité de l'ordre juridique, et, depuis presque deux décennies, de vastes secteurs du droit pénal. La politique criminelle en matière de drogues, de criminalité organisée où beaucoup des éléments de la RICO se sont étendus dans le monde, ou de terrorisme, c'est-à-dire, certains prototypes du droit pénal globalisés, sont en réalité des exemples d'américanisation » ; MARTIN Adan Nieto, « Américanisation ou européanisation du droit pénal économique », *RSC*, 2006, p. 767-786.

165 *Ibid.*

166 DELMAS-MARTY Mireille, « L'intégration européenne entre pluralisme, souverainisme et universalisme », *op. cit.*, p. 449.

167 ALLARD Julie, GARAPON Antoine, *Les juges dans la mondialisation: La nouvelle révolution du droit*, Éditions du Seuil et La République des Idées, 2005, p. 44.

168 *Ibid.*, p. 42.

169 DELMAS-MARTY Mireille, « L'intégration européenne entre pluralisme, souverainisme et universalisme », *op. cit.*, p. 449.

avec une tendance d'hypertrophie judiciaire surtout par le biais du célèbre *Alien Tort Act*[170]. Face à ce « *modèle universaliste de type hégémonique* », Mireille Delmas-Marty appelle l'Europe, à travers le pluralisme ordonné, à influencer l'ordre juridique mondial du futur[171] par la diffusion des décisions des deux cours européennes. Elle compte sur le l'éveil des juges en Chine qui apprennent à utiliser les nouveaux instruments de la sphère internationale, surtout après l'accession du pays à l'OMC en 2001[172], pour avancer la cause du pluralisme.

**49.** Une dernière précision concerne la culture juridique en Égypte. Comme on l'a vu précédemment[173], la culture juridique française a influencé le système juridique égyptien dans son ensemble, que ce soit au niveau de la constitution ou au niveau du droit pénal.

> « Comme notre source de doctrine et de pensée était le droit français, vous trouveriez que les jugements marchent en harmonie [avec ce droit]. Si vous consultez la jurisprudence française, vous constatez qu'on suit la Cour de cassation française, au point de traduire ses arrêts mot à mot »[174].

Le flux de juristes, financé par l'État socialiste de Nasser pour étudier à l'étranger, privilégiait en principe la France comme destination. Des références explicites à la doctrine et à la jurisprudence françaises ont été faites par la Haute Cour constitutionnelle[175]. Il est important de noter que le droit français perd relativement de la vitesse à partir des années 1990. Cette période coïncide avec une orientation croissante des juristes vers le nouveau monde, conséquence naturelle de l'hégémonie américaine. La Charia occupe une place réduite dans la culture juridique des juges pénaux égyptiens. Les étudiants se voient enseigner trois matières sur le sujet en quatre années de licence portant principalement sur le droit de la famille, la succession et les sources du droit musulman. Même en présence du deuxième article de la Constitution égyptienne qui érige les principes de la Charia en source principale de législation, la Cour de cassation a bien précisé que ce texte ne s'adresse pas au juge, mais exclusivement au législateur[176].

---

170 V. MOULIER Isabelle, « Observations sur l'*Alien Tort Claims Act* et ses implications internationales », *AFDI*, 2003, volume 49, n° 1, p. 129-164.

171 DELMAS-MARTY Mireille, « L'intégration européenne entre pluralisme, souverainisme et universalisme », *op. cit.*, p. 450.

172 DELMAS-MARTY Mireille, *Cours : Un pluralisme ordonné*, *op. cit.*, p. 486.

173 V. *supra* n° 26 et s.

174 Le Conseiller Sadiq FAHMI, *les travaux préparatoires du code civil*, 112/1-113, *cité dans* AL AFFANI Sayyid Ben Hussein, *A'alam wa aqzam fi mizan al islam*, éditions Majid A'yri, Djeddah, 2004, p. 396.

175 V. à titre d'exemple la décision HCC (Egy), 17 décembre 1994, Req. n° 13, année judiciaire 15, consulté sur *sccourt.gov.eg* qui cite en français la différence entre la constitution au sens formel et celle au sens matériel. V. concernant le droit pénal, les décisions HCC (Egy), 15 juin 1996, Req. n° 49, année judiciaire 17, consulté sur *sccourt.gov.eg* qui donne en français la définition de mesure de sûreté. V. également HCC (Egy), 22 février 1997, Req. n° 48, année judiciaire 17, consulté sur *sccourt.gov.eg* et HCC (Egy), 22 mars 1997, Req. n° 85, année judiciaire 17, consulté sur *sccourt.gov.eg* qui citent longuement une décision du conseil constitutionnel français datant du 17 janvier 1989 sur le principe de la nécessité des peines.

176 Cass. Crim. (Egy), 14 avril 1983, Req. n° 5124, année judiciaire 52, consulté sur *cc.gov.eg* .

## B. LE JUGE PÉNAL PRODUCTEUR DE SA PROPRE CULTURE

**50. La personnalité du juge.** La citation d'Oliver Wendell Holmes continue ainsi[177] :

> « Le pressentiment des nécessités du temps, les théories morales et politiques prédominantes, les intuitions de politique publique, avouées ou inconscientes, même les préjugés que les magistrats partagent avec leurs semblables, ont beaucoup plus d'importance que le syllogisme dans la détermination des règles par lesquelles les hommes devraient être gouvernés. La Loi incarne l'histoire du développement d'une nation à travers les siècles, et elle ne peut être analysée comme si elle ne contenait que les axiomes et les corollaires d'un livre de mathématiques »[178].

Dans ce passage où le célèbre juriste américain décrit la *Common Law*, il met de manière exemplaire l'accent sur la personnalité du juge national dans l'application des conventions internationales. Une culture juridique déterminée peut avoir une aversion inhérente envers le droit international, mais les circonstances personnelles, académiques ou professionnelles du juge le prédisposent à s'en affranchir.

**51. Exemple d'un pays dualiste : le cas du juge australien Kirby.** Prenons l'exemple de l'Australie, un pays dualiste faisant partie du monde de la *Common Law* et dans lequel une convention nécessite une transposition législative pour avoir effet en droit interne. L'affaire *Minister of State for immigration and ethnic affairs v. Teoh*[179] a marqué une rupture avec cette tradition. La Haute Cour australienne a mis en valeur une convention ratifiée sans être incorporée, la Convention de New York sur les droits de l'enfant. Pour donner gain de cause au demandeur qui s'était vu refuser un titre de séjour, la Cour précise que la ratification a créé chez les particuliers une « *attente légitime* » selon laquelle l'Australie doit se comporter en conformité avec la convention. Le requérant avait invoqué l'intérêt supérieur de ses enfants, consacré à l'article 3 de ladite convention. L'absence de loi d'incorporation n'a pas empêché la Cour de lui donner effet.

Cette tendance internationaliste a été consacrée par un juge en particulier, Monsieur Michael Kirby. Melissa Waters a analysé, de 2000 à 2005, 54 opinions judiciaires australiennes qui citent le Pacte international des droits civils et politiques de 1966 et 49 parmi elles provenaient du juge Kirby[180]. Celui-ci a eu une épiphanie, comme il le décrit[181], lors de la conférence judiciaire de Bangalore en 1988. Il s'agit d'une série de colloques réunissant des juristes de la tradition de *Common law*[182], organisée par l'ONG Interights, sur le thème du

---

177 V. *supra* note 123.

178 HOLMES Oliver Wendell, *The Common Law* 1 (1991), *cité dans* CALLEROS Charles, *Legal Method and writing*, Aspen Publishers, 5ème edition, New York, 2006, p. 70, note 5.

179 (1995) 183 CLR 273.

180 WATERS Melissa, « Creeping monism: the judicial trend toward interpretive incorporation of human rights treaties », 107 Columbia Law Review 628, 688 (2007).

181 KIRBY Michael, « To judge is to learn », 48 *Harvard International Law Journal Online* 36 (2007), 38.

182 Il est à noter que des magistrats francophones se réunissent, à partir de 2004, dans des congrès organisés par l'Association des Hautes Juridictions de cassation des pays ayant en partage l'usage du français (AHJUCAF). Cette association a pour objectif de renforcer la coopération entre institutions judiciaires, notamment par des

… / …

rapprochement entre droit interne et le droit international[183]. Kirby était le seul australien à y être présent, et les principes déclarés lors de cette rencontre se sont infiltrés dans les opinions du juge australien, comme il l'explicite expressément dans son opinion dissidente sous *Al-Kateb v. Godwin*[184].

**52. Les juges de la Cour suprême américaine.** Le cas du juge australien Kirby renforce donc l'hypothèse de l'influence de la culture propre du juge sur son application des conventions internationales. La conférence de Bangalore précitée a réuni d'autres magistrats des cours suprêmes du monde anglo-saxon, comme le cas de Ruth Bader Ginsburg[185], actuelle juge à la cour suprême des États-Unis. Elle est connue pour ses opinions libérales et surtout pour son adhésion à l'idée que le droit international peut être l'une des sources d'interprétation de la Constitution américaine[186]. Elle était l'une des signataires de la résolution de 1988 qui, tout en admettant les limites imposées par le dualisme, observait que les cours nationales avaient « *une tendance croissante à prendre en considération ces normes internationales quand le droit interne est incertain ou incomplet, qu'il soit constitutionnel ou législatif ou de Common Law*[187] ». Les conventions internationales peuvent ainsi clarifier un texte national ambigüe.

**53.** Cette timide évolution s'est transformée en révolution dix ans plus tard lors de la conférence judiciaire de 1998, pareillement organisée à Bangalore. Dans les principes déclarés, « *le devoir primordial du pouvoir judiciaire est d'interpréter et d'appliquer les constitutions et les lois nationales en harmonie avec les codes internationaux des droits de l'homme* »[188], sans égard à la clarté ou l'ambiguïté du texte.

---

actions de formation et des missions d'expertise. Parmi les thèmes débattus lors du 1er congrès de Marrakech sur le juge de cassation à l'aube du 21ème siècle, il y a eu une table ronde sur « le juge de cassation et l'application des normes supranationales protectrices des droits fondamentaux ». Le 3ème congrès organisé à Ottawa en 2010 portait même sur l'internationalisation du droit et de la justice. V. le site officiel de l'AHJUCAF : *ahjucaf.org*.

183 WATERS Melissa, *op. cit.*, p. 644.

184 (2004) 208 ALR 124, note 223.

185 WATERS Melissa, *op. cit.*, p. 644, note 55.

186 Dans les trois arrêts emblématiques de *Atkins v. Virginia*, *Lawrence v. Texas* et *Roper v. Simmons*, la juge GINSBURG faisait partie de l'opinion majoritaire ayant confirmé son raisonnement par référence aux conventions internationales. Pour une meilleure présentation de sa ligne de pensée, V. son discours adressé à la Société de la Constitution Américaine, GINSBURG Ruth Bader, « Remarks for the American Constitution Society. Looking beyond our borders: the value of a comparative perspective in constitutional adjucation», August 2nd 2003, disponible sur: https://www.humanrightsfirst.org/wp-content/uploads/pdf/Ginsburg_transcript_080203.pdf.

187 [notre traduction] « a growing tendency for national courts to have regard to these international norms for the purpose of deciding cases where the domestic law—whether constitutional, statute or common law—is uncertain or incomplete»; WATERS Melissa, *op. cit.*, p. 645.

188 [notre traduction] « It is the vital duty of . . . [the] judiciary . . . to interpret and apply national constitutions and . . . legislation in harmony with international human rights codes», WATERS Melissa, *op. cit.*, p. 646.

Cette attitude choque l'aile conservatrice de la Cour suprême américaine, pour laquelle il s'agit d'une « *guerre de cultures* », selon l'expression du juge Scalia[189]. Cet élément de la culture propre au juge peut même être observé au niveau local dans les différents États. Johanna Kalb évoque le cas de « *juges réceptifs au droit international* » qui ont rédigé des articles sur le sujet et qui prennent en considération les conventions dans leurs jugements[190]. À la publication « *internationaliste* » s'ajoute le fait d'avoir passé des séjours[191] ou des études à l'étranger, ou même la simple familiarité avec le droit international[192].

**54.** Pour résumer cette question de l'impact de la culture propre au juge pénal sur ses décisions, et par la suite sa réception du droit international, l'opinion dissidente de l'un des juges de la Cour suprême offre des enseignements intéressants. Réagissant à un revirement de position par la majorité de la Cour, il remarque que :

> « Ni le droit, ni les faits […] n'ont subi de changements ces quatre dernières années. Il n'y a que le personnel de cette Cour qui a changé. […] La vitalité de pans entiers de décisions doit être comprise comme étant à la merci purement et simplement de la sensibilité des individus composant actuellement une majorité de cette Cour »[193].

**55.** **L'exemple français de la Convention des droits de l'enfant.** L'hypothèse n'est pas différente en France ou en Égypte. Un auteur attribue l'américanisation du droit pénal des affaires, entre autres éléments, au fait que de nombreux juristes européens effectuent des études de troisième cycle dans des universités américaines[194]. En France, il suffit de remarquer l'évolution psychologique à l'égard de la Convention de New York sur les droits de l'enfant. C'est la composition de la chambre civile de la Cour de cassation qui était l'élément déterminant. L'analyse de Carine Laurent-Boutot montre que sous la présidence du Conseiller Massip, qui a d'ailleurs pris le soin de justifier sa position dans une note parue à Dalloz, la convention était dépourvue d'effet direct[195]. Un infléchissement de cette position s'est produit quand le Conseiller Ancel était rapporteur et sa présidence « *s'est marquée par le revirement opéré à l'égard du traité onusien* »[196]. Le Conseiller avait explicité sa décision en commentant l'une des

---

189 TUSHNET Mark, « Referring to foreign law in constitutional interpretation: an episode in the Culture wars », 35 *U. Balt. L. Rev.* 299 (2006), 309 note 61.

190 KALB Johanna, « Human rights treaties in state courts: the international prospects of state constitutionalism after Medellin », 115 *Penn. St. L. Rev.* 1051 (2011), 1060.

191 *Ibid.*, p. 1065.

192 Martin ROGOFF dénonce la pauvreté en sources internationales des bibliothèques que les juges utilisent; V. ROGOFF Martin, « Interpretation of international agreements by domestic courts and the politics of international relations: reflections on some recent decisions of the United States Supreme Court », 11 *Am. U. J. Int'l L. & Pol'y* 559 (1996), 611 note 229.

193 *Payne v. Tennessee*, 501 U.S. 808 (1991) [Marshall, dissenting].

194 MARTIN Adan Nieto, *op. cit.*, p. 768.

195 LAURENT-BOUTOT Carine, *La Cour de Cassation face aux traités internationaux protecteurs de droit de l'homme*, Thèse, Université de Limoges, 2006, p. 69.

196 *Ibid.*

décisions de la chambre civile dans le Rapport annuel de la Cour de cassation[197]. Plus révélateur encore est le fait qu'une juridiction de fond, la Cour d'appel de Paris, s'est appropriée le contrôle de conventionalité de la loi nationale même postérieure[198], et cela deux ans avant les deux arrêts emblématiques du Conseil Constitutionnel (décision IVG) et de la Cour de cassation (arrêt Jacques Vabre) en 1975[199].

**56. Le développement des références internationales dans la jurisprudence constitutionnelle égyptienne.** En Égypte, l'arrivée du conseiller Awad El-Mor à la tête de la Haute Cour Constitutionnelle a marqué un tournant sans précédent en matière d'application de conventions internationales et de référence en anglais à des principes et jurisprudence anglo-saxons[200]. La décision du 2 août 1997[201], qui a reconnu l'inconstitutionnalité d'une loi pour violation des règles impératives du droit international, a apporté la dernière grosse pierre à un édifice que le conseiller El-Mor construisait depuis le début de son mandat en 1991[202]. Son parcours personnel est très révélateur de ses choix jurisprudentiels. Au niveau des publications, il avait montré un intérêt pour le droit international depuis les années 1980, publiant un article sur la question du régime de passage par les détroits[203], ainsi qu'un autre article sur le rôle de la Cour constitutionnelle dans la protection des droits de l'homme paru dans un ouvrage publié en 1993[204]. En 1995, l'Union interparlementaire[205] a décidé de

197 *Ibid.*

198 « Considérant au surplus que, y lit-on, même en admettant que la loi du 14 décembre 1966 ait donné une valeur législative à l'ensemble de l'article 265 du Code des douanes, le Tribunal d'instance n'en était pas moins compétent pour apprécier non pas si cette loi est ou non constitutionnelle, ce qui ne lui était pas demandé et ce qu'il n'a d'ailleurs pas fait, mais si elle cessait d'avoir effet dans la mesure où elle était incompatible avec l'article 95 du Traité de Rome » ; CA, Paris, 7 juillet 1973, *D.* 1974, 159, note Rideau, *cité dans* DINH Nguyen Quoc, « La jurisprudence française actuelle et le contrôle de la conformité des lois aux traités », *op. cit.*, p. 879.

199 Il est également intéressant de noter que l'arrêt de la Cour de cassation *Bloch c/S.A. Filtex*, du 14 octobre 1977, qui a consacré la primauté des traités internationaux non-communautaires sur une loi d'ordre public, confirmait un arrêt de la Cour d'appel de Colmar. Le 20 novembre 1974, celle-ci « avait refusé de s'incliner devant une décision contraire de la chambre sociale de la Cour de cassation » ; PESCATORE Pierre, « L'application judiciaire des traités internationaux dans la Communauté Européenne et dans ses États membres », *in Études de droit des Communautés européennes : mélanges offerts à Pierre-Henri Teitgen*, Paris, Pedone, p. 370, note 34 .

200 V. surtout HCC (Egy), 15 juin 1996, Req. n° 49, année judiciaire 17, consulté sur *sccourt.gov.eg* où la Cour utilise les termes *Actus Reus* et *Mens Rea* pour désigner les éléments matériel et moral de l'infraction, ainsi que la référence en anglais à l'opinion du juge américain Hugo BLACK sous *Hines v. Davidourtz* (1941) dans HCC (Egy), 2 août 1997, Req. n° 35, année judiciaire 17, consulté sur *sccourt.gov.eg* : « There has grown up in the field of international relations, a body of customs defining with more or less certainty the duties owing by all nations to alien residents ».

201 HCC (Egy), 2 août 1997, Req. n° 35, année judiciaire 17, consulté sur *sccourt.gov.eg*.

202 Pour une excellente étude en français sur le sujet de la Haute Cour constitutionnelle et son rôle dans le développement des libertés individuelles, V. *Le Prince et son juge : droit et politique dans l'Égypte contemporaine*, « Égypte, Monde arabe », n° 2, 1999, 233 p.

203 EL-MOR Awad, « The regime of passage in straits used for international navigation in the light of the third UN conference on the law of the sea », *Revue égyptienne de droit international*, 1981, p. 13-83.

204 EL-MOR Awad, « The supreme constitutional court of Egypt and the protection of human and political rights», in *Islam and Public Law*, MALLAT Chibli (dir.), Springer Netherlands, 1993, p. 229.

proclamer une Déclaration universelle sur la démocratie « *pour faire progresser la norme internationale et contribuer au processus de démocratisation en cours dans le monde* »[206]. En sa capacité de président de la Haute Cour Constitutionnelle, El-Mor fut l'un des invités à Paris en décembre 1996 à la maison de l'UNESCO. L'organisation internationale s'est ralliée au projet[207]. Le juge a présenté son avis sur les principes et réalisations de la démocratie dans un article dans lequel il affirme que « *tout système démocratique repose sur le respect des droits fondamentaux* »[208] et que « *tous [les droits de l'homme] doivent être dûment respectés pour neutraliser ou du moins affaiblir […] l'influence excessive de l'État* »[209]. Il a également montré une lucidité dans la compréhension du rôle du pouvoir judiciaire en citant la fameuse phrase de Montesquieu « *seul le pouvoir arrête le pouvoir* »[210]. Son départ a tourné la page internationaliste de la Cour, ce qui confirme le rôle de sa propre culture dans cette tendance de dialogue avec les juges partageant « *les valeurs auxquelles adhèrent les nations civilisées* »[211].

**57.** « *Les institutions, à la différence des satellites, demeurent rarement sur l'orbite où leur créateur avait entendu les placer. Elles échappent à la volonté du Constituant ou du Législateur qui leur a donné vie. L'événement, le milieu, la personnalité des hommes qui les incarnent déterminent leur trajectoire* »[212]. Ainsi, la culture de l'éclusier influence le dessin et le dessein de la trajectoire des conventions internationales dans la rivière nationale, même en présence d'une écluse bien solide.

---

205 L'Union interparlementaire est l'organisation internationale des parlements. Elle a été créée en 1889. À cette époque, elle était présidée par Ahmed Fathy Sorour, le président du parlement égyptien. Pour plus d'informations, V. le site officiel :*ipu.org*.

206 BASSIOUNI Cherif (dir.), *La démocratie : principes et réalisation*, L'Union interparlementaire, Genève, 1998, p. I.

207 *Ibid.*

208 EL-MOR Awad, « Vers une déclaration universelle sur la démocratie », in *La démocratie : principes et réalisation*, BASSIOUNI Cherif (dir.), L'Union interparlementaire, Genève, 1998, p. 49.

209 *Ibid.*, p. 55.

210 *Ibid.*

211 HCC (Egy), 2 août 1997, *op. cit.* Il est assez intéressant de comparer cette ouverture dans la culture d'El-Mor avec celle de ses homologues africains. « Formé le plus souvent aux techniques du droit interne et plus familiarisé à ce droit, le juge africain a cette propension naturelle à rechercher dans le droit national les solutions juridiques aux problèmes qu'il est appelé à trancher, quitte à verser dans un "chauvinisme national juridique". […], le juge africain a tendance à s'appuyer par trop sur le droit interne dont il se sert comme d'une bouée de sauvetage, puisque les règles juridiques nationales ont très souvent l'avantage de lui offrir un cadre de référence plus clair et plus précis, dont il maîtrise mieux les modalités d'application » ; KAMARA Mactar, « De l'applicabilité du droit international des droits de l'homme dans l'ordre juridique interne », *Anuaro Colombiano de Derecho Internacional*, Bogota, Vol. 4, 2011, p. 157.

212 RIVERO Jean, « Fin de l'absolutisme », *in Le Conseil constitutionnel et les libertés*, 2e éd., Economica-PUAM, coll. Droit public positif, 1987, p. 139.

## § 4. LES VAISSEAUX NAVIGUANT DANS L'ORDRE PÉNAL INTERNE : LES CONVENTIONS INTERNATIONALES

**58.** L'éclusier est donc responsable de la manœuvre de l'écluse à travers le barrage de la souveraineté. Il assure le passage des vaisseaux dans les meilleures conditions de sécurité. Les vaisseaux de cette analogie sont, bien évidemment, les conventions internationales.

**59.** **Différentes approches de définition des conventions internationales.** Pour définir les conventions internationales, Duncan Hollis évoque trois méthodes différentes. D'abord, la méthode constitutive rappelle les éléments de base pour former une convention. Ensuite, la méthode différentielle s'intéresse plutôt à ce qu'une convention n'est pas. Enfin, la méthode fonctionnelle ou téléologique examine la finalité de cet instrument international[213]. À ces trois méthodes, il faudra ajouter la méthode formelle qui se rattache aux procédures de conclusion et de ratification de la convention.

**60.** **La méthode constitutive.** La convention de Vienne sur le droit des traités de 1969 utilise la méthode constitutive dans son article 2 pour définir le traité comme :

> « Un accord international conclu par écrit entre États et régi par le droit international, qu'il soit consigné dans un instrument unique ou dans deux ou plusieurs instruments connexes, et quelle que soit sa dénomination particulière ».

Cette définition reflète le droit international coutumier selon l'avis de la CIJ dans La frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigeria[214]. Elle est largement acceptée par la doctrine[215] et elle est présente dans la pratique judiciaire des États[216]. Elle réunit « *toutes les formes d'accord en lien avec ce concept comme le pacte, la charte, la déclaration, le protocole et le statut* »[217]. Une sous-distinction peut être relevée à partir de cette approche entre classifications matérielles (traités-lois/traités-contrats, traités généraux/traités spéciaux) et classifications

---

213 HOLLIS Duncan, *op. cit.*, p. 11.

214 CIJ, arrêt du 10 octobre 2002, *C.I.J Recueil 2002*, p. 429. Cette convention a été ratifiée par 101 États parties elle a été signée par 17 autres. FABRI Helene Ruiz, « La France et la Convention de Vienne sur le droit des traités : éléments de réflexion pour une éventuelle ratification », *in La France et le droit international*, G. Cahin et as. (dir.), Pedone, 2007, p. 137.

215 V. à titre d'exemple KLABBERS J., *The concept of treaty in international law*, Kluwer Law International, La Haye, 1996, p. 40 ; DAILLIER Patrick, FORTEAU Mathias, QUOC DINH Nguyen, Pellet Alain, *op. cit.*, p. 132 et El Dakkak Saïd, *Al-Qanoun Al-Dawli* [Le droit international], Alexandrie, Dar Al-Matbouat Al-Jamia, 1987, p. 19.

216 La Haute Cour Constitutionnelle égyptienne a, sans l'expliciter, utilisé cette définition dans HCC (Egy), 2 mars 1996, Req. n° 30, année judiciaire 17, consulté sur *sccourt.gov.eg*, ainsi : « L'expression convention internationale est un terme générique qui englobe toutes les formes d'accords internationaux entre deux ou plusieurs États, qu'ils soient consignés dans un document unique ou plusieurs ». Pour ce qui est de l'accord conclu entre *deux États*, la Cour de cassation française a estimé qu'un accord entre une association de la loi de 1901 et un État étranger ne constitue pas un engagement international de la France. Cass. Civ., 2 déc. 1980, *Société nationale des tabacs et allumettes*, *AFDI*, 1981, p. 802, cité dans DAILLIER Patrick, FORTEAU Mathias, QUOC DINH Nguyen, Pellet Alain, *op. cit.*, p. 133.

217 HCC (Egy), 2 mars 1996, *op. cit.*

formelles (qualité des parties en tant qu'États ou organisations internationales, nombre des parties en conventions bilatérales et conventions multilatérales)[218].

**61.** **La méthode fonctionnelle.** D'après la méthode fonctionnelle ou téléologique, les conventions internationales apparaissent comme source de l'internationalisation du droit en général, et plus spécifiquement du droit pénal[219]. « *La division du monde entre États souverains et la coexistence de systèmes juridiques nationaux* »[220] nécessitent la mise en œuvre de conventions internationales pour dépasser la méfiance naturelle secrétée par la souveraineté nationale en permettant la coopération, l'intégration ou l'harmonisation[221]. Le taux de conventions en vigueur en France est très informatif à cet égard. Entre 1958 et 2011, 5349 conventions ont été conclues[222] avec en moyenne 246 annuellement[223]. « *Sur la centaine de lois que le Parlement examine et vote chaque année, 47% en moyenne sont des lois de ratification ou [d'] approbation de traités ou accords, et, sur l'autre moitié dites de lois 'nationales', la proportion de textes dits de transposition d'actes communautaires est de l'ordre de la moitié* »[224].

**62.** En matière pénale, « *une source internationale s'impose à la souveraineté, soit pour lui dicter de nouvelles infractions ou l'obliger à coopérer, soit pour lui interdire certaines modalités de répression* »[225]. Le professeur Michel Massé retrace l'évolution de l'internationalisation du droit pénal à partir de l'unilatéralisme jusqu'au régionalisme, en passant par l'universalisme[226]. Pour lui, les premières conventions à vocation universelle datent de 1923 pour la répression de la circulation des publications obscènes et de 1929 pour celle du faux monnayage[227]. Luis Arroyo Zapatero revient jusqu'en 1712[228] avec l'interdiction de la piraterie par le traité d'Utrecht[229]. Ce dernier évoque également la lutte contre la « *traite des blanches* » à partir de 1904, qui a abouti à une

---

218 DAILLIER Patrick, FORTEAU Mathias, QUOC DINH Nguyen, Pellet Alain, *op. cit.*, p. 136-138.

219 V. ZAPATERO Luis Arroyo, « L'harmonisation internationale du droit pénal », *RSC* 2011, p. 557-566 et MASSÉ Michel, « Des figures asymétriques de l'internationalisation du droit pénal », *RSC* 2006, p. 755-766.

220 MASSÉ Michel, *op. cit.*, p. 757.

221 Les trois procédés de l'internationalisation du droit pénal selon le Professeur Michel MASSÉ, V. *Ibid.*

222 EOCHE-DUVAL Christophe, *op. cit.*, p. 307.

223 Comparé à une moyenne de vingt conventions par an ratifiées par les États-Unis, BRADLEY Curtis A., *International law in the U.S. legal system*, Oxford University Press, 2013, p. 75.

224 De 1957 à 2010, ont été adoptés 78058 règlements et 5584 directives. *Ibid.*, p. 306.

225 MASSÉ Michel, *op. cit.*, p. 762.

226 *Ibid.*

227 *Ibid.*, p. 760.

228 L'auteur voudrait parler du traité de 1713 qui met fin à la guerre de Succession d'Espagne bien évidemment. Pour plus d'informations, V. HENNESSY-PICARD Michael, « La piraterie atlantique au fondement de la construction des souverainetés coloniales européennes », *Champ pénal/Penal field* [en ligne], Vol. XIII, 2016, consulté le 18 avril 2017 sur www.champpenal.revues.org/9275.

229 ZAPATERO Luis Arroyo, *op. cit.*, p. 557.

convention signée le 4 mai 1910 à Paris, ainsi que les premières conventions relatives au droit de la guerre en 1899 et 1907[230].

**63. La méthode formelle.** D'après la méthode formelle de définition, il faut s'intéresser à la compétence octroyée pour la conclusion des conventions, ainsi qu'au chemin dessiné pour sa ratification. Ce sont les constitutions nationales qui s'en occupent généralement, et la compétence de conclusion revient au président dans les trois États qui nous intéressent[231]. Celui-ci détient les pleins pouvoirs de négocier, qu'il peut déléguer à des plénipotentiaires[232]. La France se distingue par rapport à la compétence générale de ratification des conventions qui est laissée à l'unique pouvoir du Président de la République, sauf dans les cas exigeant une loi, prévus à l'article 53 de la Constitution. Même dans ces derniers cas, un auteur déplore le « *fossé démocratique* » avec les lois ordinaires qui, elles, font l'objet de discussions et de modifications alors que les conventions sont ratifiées « *sans débat public et zéro amendement* »[233][234]. Les constitutions égyptiennes républicaines s'alignaient sur leur homologue français jusqu'en 2011, période à laquelle la révolution populaire a sollicité la limitation des pouvoirs du chef d'État. En 2014, l'une des manifestations constitutionnelles de cette exigence fut le partage du pouvoir de ratification entre le Président et la chambre des Représentants pour toutes les conventions *a priori*[235]. En outre, un accord perd sa qualité de convention s'il contredit les dispositions de la Constitution ou a pour conséquence le renoncement à une partie du territoire. Aux États-Unis, la « *super-majorité* » de deux tiers, exigée au Sénat pour la ratification des conventions internationales au sens de l'article II de la constitution, a été consacrée pour

---

230 *Ibid.*

231 Article 2 de la constitution américaine, article 52 de la constitution française de 1958 et article 151 de la constitution égyptienne de 2014.

232 « La délivrance des pouvoirs en vue de la négociation et de la conclusion des traités est aujourd'hui réglementée par des circulaires des 2 mars 1982 et 6 juillet 1984 ». DAILLIER Patrick, FORTEAU Mathias, QUOC DINH Nguyen, Pellet Alain, *op. cit.*, p. 143.

233 EOCHE-DUVAL Christophe, *op. cit.*, p. 306. L'article 128 du règlement de l'Assemblé nationale dispose que :

« 1/ Lorsque l'Assemblée est saisie d'un projet de loi autorisant la ratification d'un traité ou l'approbation d'un accord international non soumis à ratification, il n'est pas voté sur les articles contenus dans ces actes.

2/ L'Assemblée conclut à l'adoption, au rejet ou à l'ajournement ». V. également l'article 47 du Règlement du Sénat : « Lorsque le Sénat est saisi d'un projet de loi tendant à autoriser la ratification d'un traité conclu avec une puissance étrangère, il n'est pas voté sur les articles de ce traité, mais seulement sur le projet de loi tendant à autoriser la ratification ».

234 Pour les États-Unis, Oona Hathaway appelle à abandonner la clause de suprématie pour garantir une « légitimité démocratique » plus forte ; HATHAWAY Oona, « Treaties' end : the past, present and future of international lawmaking in the United States », 117 *Yale Law Journal* 1236, 1308 (2008). Dans le même sens, V. YOO John, « Treaties and public lawmaking: a textual and structural defense of non-self-execution », 99 *Colum. L. Rev.* 2218, 2240 (1999). D'ailleurs, deux auteurs américains déplorent le « déficit démocratique » du droit international brut, incarné par la coutume ; MCGINNIS John et SOMIN Ilya, « Should International Law be part of our Law », 59 *Stanford Law Review* 1175 (2007). Ils réitèrent leur analyse pour les traités multilatéraux des droits de l'homme ; MCGINNIS John et SOMIN Ilya, « Democracy and International human rights Law », 84 *NDLR* 1739 (2009).

235 L'article 151 de la constitution égyptienne exige même l'organisation d'un référendum pour les traités de paix, d'alliance et ce qui a trait à la souveraineté.

éviter que le gouvernement fédéral agisse avec factionnalisme en privilégiant les intérêts de certains États[236], tout en assurant la participation démocratique dans ce processus aux effets majeurs au niveau interne. La chambre des Représentants a été exclue parce qu'« *elle est très large et sa composition change fréquemment, ce qui l'empêche d'agir avec le degré de secret, de célérité et de constance en politique désirables dans la conclusion des conventions* »[237].

**64. L'approche différentielle.** À partir des trois approches précédentes de définition, on peut facilement distinguer ce qu'est une convention de ce qu'elle n'est pas. Cette approche différentielle permet également de spécifier ce que ce sujet d'étude n'est pas, en écartant certains thèmes du domaine de la recherche et en assurant une transition logique à la problématique et la méthodologie. Seront évoqués respectivement la coutume internationale, les *executive agreements*, les actes des organisations internationales ainsi que le droit européen dans les prochains paragraphes.

**65. L'exclusion de la coutume.** Par la méthode constitutive, on peut facilement exclure le droit international non écrit du domaine de la recherche, et surtout sa forme la plus célèbre, la coutume. L'article 38 du statut de la CJI définit la coutume internationale comme « *preuve d'une pratique générale acceptée comme étant le droit* ». Si elle constitue la matière première du droit international, elle n'est pas consignée dans un instrument et elle est fondée sur la répétition d'un précédent dans le temps avec la conscience d'une obligation juridique[238].

**66.** Madame Bernadette Aubert a analysé les arrêts de la chambre criminelle de la Cour de cassation[239] jusqu'en 1998, et elle a pu relever que, depuis 1946, cette chambre « *n'a été saisie qu'à onze reprises d'affaires dans lesquelles soit la coutume soit les principes généraux du droit ont été invoqués* »[240]. Elle a remarqué que la coutume a été écartée dans quatre de ces décisions, et qu'il est difficile de déterminer une position de la chambre criminelle sur la portée de la coutume[241]. Néanmoins, la chambre criminelle a bien élucidé sa position dans le domaine de création d'infraction, affirmant que « *la coutume internationale ne saurait pallier l'absence de texte incriminant* »[242]. Par ailleurs, le Conseil d'État, dans son arrêt Aquarone, a précisé qu'« *aucune*

---

236 HATHAWAY Oona, « Treaties' end: the Past, Present and Future International lawmaking in the United States », 117 *Yale L. J.* 1236, 1281 (2008).

237 [notre traduction] « the House of Representatives […] would be too large and its composition would change too frequently to act with the degree of secrecy, speed and consistency of policy considered desirable in concluding treaties ». BRADLEY Curtis A., *International law in the U.S. legal system*, *op. cit.*, p. 32.

238 DAILLIER Patrick, FORTEAU Mathias, QUOC DINH Nguyen, Pellet Alain, *op. cit.*, p. 354 et s.

239 Pour une analyse détaillée de la question devant le juge français en général, V. ROLLIN Romain, *Le droit international non écrit devant le juge français : Contribution à l'étude comparée des jurisprudences du Conseil d'État et de la Cour de cassation*, Thèse, Université Paul Cézanne-Aix-Marseille III, 2005, 457 p.

240 AUBERT Bernadette, *op. cit.*, p. 5.

241 *Ibid.*, p. 7.

242 Cass. Crim., 17 juin 2003, *B.* n° 122, p. 465. Néanmoins, on a pu relever des applications de la coutume internationale en matière de procédure pénale, V. Cass. Crim., 23 novembre 2004, *B.* n° 292, p. 1096 : « *la coutume internationale* qui s'oppose à la poursuite des États devant les juridictions pénales d'un État étranger s'étend aux organes et entités qui constituent l'émanation de l'État ainsi qu'à leurs agents en raison d'actes qui, comme en

… / …

*disposition de valeur constitutionnelle ne prescrit ni n'implique que le juge administratif fasse prévaloir la coutume internationale sur la loi en cas de conflit entre ces deux normes* »[243].

**67.** En Égypte, nous n'avons pu relever que deux arrêts de la Cour de cassation égyptienne dans lesquelles la coutume constituait un élément de la solution judiciaire, et ceci dans l'un de ses domaines de prédilection qui est l'immunité. La chambre criminelle fait référence à la coutume pour affirmer que l'immunité de juridiction est consacrée pour les diplomates étrangers et pour les membres de leur famille dans une affaire où était poursuivie l'épouse d'un secrétaire de la Ligue Arabe pour importation d'or sans permission[244]. Quelques années plus tard, la chambre civile[245] a plus généralement spécifié que le juge égyptien est tenu d'appliquer les règles de droit international édictées par la coutume sur les faits qui ne sont pas régis par le droit interne, et ceci sans violer ou porter atteinte à ce dernier, ce qui limite amplement le domaine d'application de cette source de droit.

**68.** La situation n'est pas différente aux États-Unis. La Cour suprême a généralement appliqué la coutume internationale en matière de droit maritime, tout en spécifiant, depuis 1804[246], que les lois fédérales profitaient d'une primauté sur les règles coutumières. La décision emblématique *Erie Railroad Co. v. Tompkins*[247] a laissé planer l'ombre sur la place de ces dernières en droit américain, même si elles font l'objet d'une sorte de renaissance avec l'Alien Tort Statute[248]. En résumé, « *le rôle joué par la coutume est négligeable, […] et son impact sur les décisions judiciaires n'est pas pertinent* »[249].

**69.** **L'exclusion des executive agreements.** Par la méthode formelle, nous pouvons canaliser la catégorie des accords exécutifs, ou *executive agreements*, loin de la flotte des conventions internationales. Il s'agit d'instruments internationaux conclus par les États-Unis sans recours à la « *super-majorité* » sénatoriale[250]. Ils ne sont pas régis par l'article II de la Constitution qui organise la conclusion et la ratification des conventions et, comme leur nom l'indique, ils sont généralement adoptés pour l'application d'un traité antérieurement conclu. La Cour suprême

---

l'espèce, relèvent de la souveraineté de l'État concerné ». Dans le domaine de l'immunité de juridiction, V. également, Cass. Crim., 16 octobre 2018, *RSC* 2019, p. 97, note MAYAUD.

243 CE, Ass., 6 juin 1997, *Aquarone*, *RGDIP* 1997, p. 1053.

244 Cass. Crim. (Egy), 26 octobre 1975, Req. n° 1104, année judiciaire 45, consulté sur *cc.gov.eg* .

245 Cass. Civ. (Egy), 25 mars 1982, Req. n° 295 et 311, année judiciaire 51, consulté sur *cc.gov.eg* .

246 *Murray v. Schooner Carming Betsy*, 6 U.S. 64 (1804).

247 304 U.S. 64 (1938). Dans cette décision, la Cour suprême a nié l'existence d'un *common law* fédérale, catégorie qui englobait les règles coutumières entre autres.

248 Pour plus d'informations sur ce sujet, V. MCGINNIS John, « *Sosa* and the derivation of customary International Law », *in International Law in the U.S. Supreme Court: Continuity and Change*, SLOSS David (dir.), Cambridge University Press, 2011, p. 481-493.

249 « Overall, the role played by customary international law remains negligible and, arguably, with the exception of the Alien Tort Claims Act (ATCA), its impact on judicial decisions not particularly relevant ». BIANCHI Andrea, « International Law and US courts: The myth of Lohengrin revisited», 15 EJIL 751 (2004), p. 757.

250 BRADLEY Curtis, *International law in the U.S. legal system*, *op. cit.*, p. 74.

ne s'est pas prononcée sur leur validité[251], mais elle a considéré que ce type d'accords internationaux « *ne constitue pas des conventions au sens constitutionnel* »[252]. Ainsi, il n'y a pas d'interchangeabilité entre conventions et accords exécutifs[253] et leur validité constitutionnelle est amplement débattue dans la doctrine américaine[254].

**70. L'exclusion du droit international dérivé.** Seront également écartés du domaine de la recherche, les actes des organisations internationales, ou le droit international dérivé. Ces actes ne peuvent être appliqués par le juge, sauf si leur caractère obligatoire a été confirmé par une convention internationale constitutionnellement valide, ou si leur contenu a été transposé par une loi nationale. Si les membres de l'Institut de Droit International proposaient dans un projet de résolution que « *les juridictions devaient statuer en toute indépendance sur l'existence, la validité et la force contraignante d'une Résolution adoptée par un organe international* »[255], ce pouvoir apparaît beaucoup plus restreint dans la version finale, « *une situation de morcellement et d'inégalité dans leur application* »[256] étant l'argument avancé pour prévenir du risque de la reconnaissance de ce droit au juge national, en l'absence de tout contrôle international.

**71.** La Haute Cour Constitutionnelle de l'Égypte a affirmé, dans une décision datant de 1975, que la Déclaration universelle des droits de l'homme, adoptée par l'assemblée générale des Nations Unies par la résolution 217 (III) A, « *est une simple recommandation qui n'a pas le caractère obligatoire des conventions ratifiées* »[257]. Dans cette affaire, était remise en cause la constitutionnalité d'une loi qui a ordonné la dissolution des maisons d'adoration Baha'ei[258] et la criminalisation de certains actes liés à la pratique de la foi Baha'ei. Les prévenus avaient invoqué, en vain, les textes consacrant la liberté de religion dans la déclaration universelle. Subsidiairement, la Haute Cour a consolidé son argument en raisonnant que la loi égyptienne, en tout état de cause, ne violait pas la charte internationale, vu que l'article 29 de cette dernière conditionne l'exercice des

---

251 *Ibid.*, p. 80.

252 *United States v. Curtiss-Wright Export Corp.*, 299 U.S. 304 (1936).

253 BRADLEY Curtis, *International law in the U.S. legal system*, *op. cit.*, p. 82.

254 YOO John, « Laws as treaties: the constitutionality of congressional executive agreements », 99 *Mich. L. Rev.* 757 (2001); SPIRO Peter, « Treaties, executive agreements and constitutional method », 79 *Tex. L. Rev.* 961 (2001); PAUL Joel, « The geopolitical constitution: executive expediency and executive agreements », 86 *Cal. L. Rev.* 671 (1998).

255 5° séance, *ANIDI*, 1993, vol. 65, II, p.222, *cité dans* DEFFIGIER Clotilde, « L'applicabilité directe des actes unilatéraux des organisations internationales et le juge judiciaire », *RCDIP*, 2001, p. 43-60.

256 KLEIN Pierre, « La soixante sixième session de l'Institut de Droit International », *Revue Belge de droit international*, Éditions Bruylant, 1993, p. 639.

257 HCC (Egy), 1 mars 1975, Req. n° 7, année judiciaire 2, consulté sur *sccourt.gov.eg*.

258 Selon la Cour, la foi Baha'ei a été fondée en Iran en 1844 par Mirza Muhammad Ali, surnommé Al-Bab. Celui-ci revendiquait la réforme de l'Islam, mais il annonça en 1848 une rupture avec l'orthodoxie religieuse. Son successeur, Mirza Hassan Ali ou Baha' Al-din, a proclamé sa prophétie et a mis un Kitab-i-Aqdas (le plus sacré des livres), rédigé à la façon coranique. Toujours selon la Cour, la foi Baha'ei n'est pas reconnue par les docteurs de droit musulman et celui qui s'en converti est considéré comme apostat. Pour un point de vue différent, V. BAHA'U'LLAH, *Kitab-I-Aqdas*, Broché, 2016, 146 p. ; *bahai.org*.

droits et libertés au respect des limites légales nationales[259]. Plus récemment, la Haute Cour a nié le caractère obligatoire de la résolution des Nations Unies du 20 décembre 1993 sur les règles pour l'égalisation des chances des personnes handicapées[260].

**72.** Dans la même perspective, la Cour Suprême américaine[261] a confirmé, dans *Sosa v. Alvarez-Machain*[262], que la Déclaration universelle des droits de l'homme « *ne peut, par elle-même, imposer des obligations en matière de droit international* »[263]. La Cour a cité les propos d'Eleanor Roosevelt qui voyait dans la déclaration « *une affirmation de principes fixant un idéal commun à atteindre pour tous les peuples et les nations, et non pas un traité ou un accord imposant des obligations internationales* »[264]. En ce qui concerne les résolutions du Conseil de Sécurité, une Cour fédérale d'appel a atteint le même résultat d'écarter leur invocabilité par les individus en se basant sur l'absence d'effet direct[265]. Elle a considéré que la résolution en cause ne s'adressait pas au pouvoir judiciaire, sans trancher leur place dans la hiérarchie des normes[266].

**73.** De l'autre côté de l'Atlantique, l'approche générale des tribunaux français est de nier le caractère obligatoire des actes des organisations internationales. Le Conseil d'État l'a fait à propos des normes édictées par l'Organisation de l'aviation civile internationale (OACI)[267], par l'Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture (FAO)[268], ainsi que pour la Déclaration universelle des droits de l'homme[269]. Cette dernière a subi le même sort dans la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de Cassation[270]. La Cour d'appel de Rennes a indiqué que les « *actes dérivés* » des organisations internationales, « *en l'absence de toute précision dans l'acte constitutif [international], […] ne possèdent pas de caractère contraignant à l'égard des États membres* »[271].

---

259 On peut voir dans l'argument subsidiaire de la Haute Cour Constitutionnelle l'influence « *soft* » que peut jouer les actes des organisations internationales, surtout que l'argument principal d'absence de caractère obligatoire suffisait à clore le débat.

260 HCC (Egy), 5 août 1995, Req. n° 8, année judiciaire 16, consulté sur *sccourt.gov.eg*. La Cour a fait allusion au texte même de la résolution en déclarant que « même si ces règles n'avait pas de caractère obligatoire imposant leur respect, elles représentent néanmoins une obligation politique et morale ».

261 Pour une étude détaillée du sujet dans les pays du *Common Law*, V. GAMBARAZA Marc et RODD Adrien, « Le statut juridique de la Déclaration universelle des droits de l'homme dans les États de droit anglo-saxon », *Droits fondamentaux*, n.8, janvier 2010-décembre 2010.

262 *Sosa v. Alvarez-Machain*, 542 U.S. 692 (2004).

263 *Ibid.*

264 *Ibid.*

265 *Diggs v. Richardson*, 555 F.2d 848 (D.C. Cir. 1976).

266 BRADLEY Curtis A., *International law in the U.S. legal system*, *op. cit.*, p. 135.

267 CE, sect., 23 nov. 2001, *Compagnie nationale Air France*, n° 195550, *Lebon*, p. 576.

268 CE, sect., 27 février 2008, *Société TOP SA*, n° 270727, *Lebon*, p. 66.

269 CE, 11 mars 2013, *Association SOS Racisme-Touche pas à mon pote*, n° 332886.

270 Cass. Soc., 22 janv. 1998, n° 96-14.824, *Bull. civ. I*, n° 31.

271 CA Rennes, 25 mai 2004, *FIPOL*, *JurisData* n° : 2004-266372.

**74.** Cependant, certains auteurs[272] essayent de trouver dans la jurisprudence de la chambre criminelle[273] un certain détachement de cette ligne par rapport à la charte universelle, même si la chambre n'a jamais tranché la question de la force obligatoire de celle-ci ou sa place dans la hiérarchie des normes. Il faut, néanmoins, remarquer la tendance de plus en plus vive de la jurisprudence française à « *utiliser* » ce *soft law*[274], que ce soit par prise en considération comme fait juridique[275], ou en tant que reflet d'une pratique institutionnelle[276].

**75.** **La question du droit européen.** Par combinaison des différentes méthodes de définition des conventions internationales, le droit européen ne sera pas approfondi dans cette étude. Il s'agit des deux corpus juridiques du droit de l'Union européenne (UE), ainsi que du droit du Conseil de l'Europe, découlant de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme (CESDH)[277]. Saisissant le taureau crétois, il faut admettre l'influence flagrante du droit européen sur le sujet d'application du droit international classique, au point qu'un auteur caractérise le premier d'un « *horizon* » que voudrait atteindre le second[278]. Généralement, le droit européen était une source de confiance pour les juges français dans l'application des autres conventions internationales[279]. Plus spécifiquement, il ne faut pas oublier que les premiers arrêts de la Cour de cassation et du Conseil d'État reconnaissant la primauté des dispositions internationales antérieures à la loi concernaient l'ordre juridique communautaire. De même, le vocabulaire technique du droit de l'UE a contaminé les décisions françaises[280] comme en matière d'interprétation conforme pour les conventions internationales relatives à

---

272 AUBERT Bernadette, *op. cit.*, p. 62-64. En droit international, le juge Dillard a résumé dans l'affaire *Sahara Occidental* du 16 octobre 1975 le débat sur la valeur des résolutions des Nations Unies, V. CAZALA Julien, « Le soft law international entre inspiration et aspiration », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, Volume 66, 2001, p. 69-70.

273 Cass. Crim., 29 janvier 1997, *B.* n° 40, p. 115.

274 Le soft law est défini comme l'ensemble des « règles dont la valeur normative serait limitée soit parce que les instruments qui les contiennent ne seraient pas juridiquement obligatoires, soit parce que les dispositions en cause, bien que figurant dans un instrument contraignant, ne créeraient pas d'obligations de droit positif, ou ne créeraient que des obligations peu contraignantes ». Pour une discussion du rôle du soft law en matière pénale, V. THELLIER DE PONCHEVILLE Blandine, « La *soft law* au service de la confiance mutuelle en matière pénale », *RSC* 2019, p. 269.

275 Cass. Civ., 25 avril 2006, n° 02-17.344, *Bull. civ. I*, n° 202 ; *D.* 2006.1335, obs. GALLMEISTER I.; *Rev. crit. DIP* 2007.113, note LEMAIRE S.

276 MAZIAU Nicolas, « Jurisprudence française relative au droit international (Année 2008) », *in Annuaire français de droit international*, 2009, Volume 55, Numéro 1, p. 881.

277 Ce droit de l'Europe correspond à la notion de « droit pénal européen » dans le manuel de Jean Pradel et Geert Corstens au même intitulé chez Dalloz (2e éd, 2002).

278 EL BOUDOUHI Saïda, *op. cit.*, p. 371.

279 ROGOFF Martin, « Application of treaties and the decisions of international tribunals in the United States and France: reflections on recent practice », 58 *Me. L. Rev.* 407, 434 (2006).

280 Des notions comme l'effet utile ont pénétré les arrêts de la Cour de cassation française. V. Cass. Com., 25 janvier 2005, *Bull. civ.*, n° 16, p. 15.

la lutte contre la corruption[281], ou les critères de détermination de l'effet direct[282]. De son côté, la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH), en condamnant la France dans l'arrêt consorts Beaumartin[283] et Chevrol[284], a contribué à l'instauration d'un moratoire de la procédure du renvoi ministériel pour interprétation des conventions internationales, jugeant la pratique contraire au droit d'accès à un tribunal impartial et indépendant[285].

**76.** Malgré la reconnaissance des radiations du droit européen sur l'application de son homologue international, le droit européen sera écarté pour les raisons suivantes. Constitutivement, chaque convention internationale nécessite l'expression du consentement de l'État à y être lié, alors que pour les actes de l'UE, il existe un consentement préalable continu. Formellement, le droit de l'UE occupe une place spéciale à l'article 88-1 de la Constitution française. Le Conseil constitutionnel l'a d'ailleurs explicité en confirmant que « *le constituant a ainsi consacré l'existence d'un ordre juridique communautaire intégré à l'ordre juridique interne et distinct de l'ordre juridique international* »[286]. La Cour de cassation rappelle « *la spécificité [de] l'ordre juridique* »[287] que le traité de Rome a créé. De son côté, la Cour de Justice des communautés européennes (CJCE) évoquait « *un ordre juridique nouveau* »[288] qui est « *issu d'une source autonome* »[289]. Toujours formellement, l'entrée en vigueur d'une convention internationale dépend d'une procédure déterminée de ratification et publication, ce qui n'est pas le cas du droit de l'UE[290].

**77.** Il y a par ailleurs des raisons institutionnelles à cette mise de côté. L'existence des deux cours européennes supranationales garantit un grand degré d'harmonisation dans l'application du droit invoqué respectivement devant ces instances, une harmonisation dont ne profitent pas les conventions internationales classiques, laissées à l'interprétation différentielle des juges nationaux[291]. Même en matière d'effet direct, le Conseil d'État affirme la compétence

---

281 FORTAS Anne-Catherine, « la Cour de cassation et les conventions internationales relatives à la lutte contre la corruption », *RSC* 2014, p. 25-39.

282 RITLENG Dominique, « Effet direct des traités internationaux », *RTD Eur.,* 2012, p. 928-929.

283 CEDH, 24 nov. 1994, *consorts Beaumartin c/France*, série A, n° 296-B.

284 CEDH, 13 févr. 2003, *Chevrol c/France*, *D.* 2003, p. 931, note MOUTOUH.

285 DESPORTES Frédéric, LAZERGES-COUSQUER Laurence, *Traité de procédure pénale*, Economica, Collection Corpus, 4ème édition, 2015, p. 76.

286 Cons. Const., 20 décembre 2007, *Traité de Lisbonne*, n° 2007-560 DC, *Recueil* p. 459.

287 Cass. Ch. mixte, 24 mai 1975, *Société « Cafés Jacques Vabre »*, *D.* 1975.497, concl. TOUFFAIT.

288 CJCE, 13 nov. 1964, *Commission c. Luxembourg et Belgique*, aff. 90/63 et 91/63, Req. CJCE p. 1217.

289 CJCE, 17 déc. 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, aff. 11/70, Req. CJCE p. 1125.

290 MINET Alice, « Le statut particulier du droit de l'Union européenne en droit français », *RFDA* 2013, p. 1199-2217.

291 Guy Canivet évoque également le phénomène de la judiciarisation du droit international, avancé par Mireille Delmas-Marty : « Qu'est-ce qui fait que le juge français intègre nécessairement et la CEDH et le droit communautaire ? Le fait que la CEDH aussi bien que le droit communautaire ont leur juridiction d'interprétation et d'application et que ces deux juridictions ont un *impérium* fort. Elles ont un pouvoir qui leur permet d'obliger les États à appliquer ces dispositions internationales. Si les États s'y soustraient, il y a des sanctions qui peuvent soit frapper les États soit remettre en cause — c'est ça qui me semble intéressant — la régularité d'une décision

… / …

exclusive de la CJUE[292] à propos de son sujet, veillant ainsi à la conformité de son application par le mécanisme du renvoi préjudiciel[293]. C'est au regard de ces spécificités que la Cour de cassation a récemment publié une étude sur son rôle normatif qui justifie « *d'insister sur l'autorité* » du droit européen sans aucune mention du droit international classique[294].

## § 5. PROBLÉMATIQUE

**78.** L'internationalisation progressive du droit pénal a mis de l'eau dans le vin de la souveraineté nationale. Désormais, les traités constituent une source importante pour le droit pénal national. Le caractère régalien du droit de punir s'érode et se contracte. Les juridictions répressives internes, sensibles à cette internationalisation, contribuent de leur propre initiative à une influence grandissante des conventions internationales sur le droit pénal interne. On passe subtilement d'un principe de légalité criminelle à un principe de normativité criminelle[295].

**79.** Il y a 45 ans environ, Paul REUTER qualifiait de « *téméraire qui prétendrait, à propos de l'attitude du juge interne à l'égard des traités internationaux, énoncer quelque vue ou quelque fait nouveau, après que tant d'études et d'ouvrages riches de substance et de pensée ont été consacrés à ce thème* »[296]. Or, pour ne prendre que l'exemple de la France, il n'y avait qu'un seul arrêt de la chambre criminelle intéressant le droit international en 1971, alors que ce nombre s'élève à 65 en 1996[297]. Le renversement de cette tendance exponentielle n'est pas prévu dans le futur proche, surtout avec l'accélération du mouvement de l'internationalisation du droit pénal.

**80.** La place réservée aux conventions internationales dans l'ordre pénal national est la résultante des termes de la Constitution, laquelle définit les conditions de validité interne des instruments internationaux. Cette définition élémentaire devient plus pertinente dans le contexte actuel d'adhésion régulière à de nouveaux instruments internationaux intéressant le domaine pénal. Cependant, l'articulation claire des ordres juridiques concurrents et les modalités de cette articulation restent indéterminées. De plus, faute d'institution supranationale de coordination,

---

définitive dans l'ordre interne en vertu de ce qu'elle aurait violé le droit international ». DELMAS-MARTY Mireille et BREYER Stephen (dir.), *Regards croisés sur l'internationalisation du droit : France — États-Unis*, Société de législation comparée, 2009, p. 68.

292 CE, ass., 11 avr. 2012, *Gisti et Fapil*, n° 322326, jurisdata n° 2012-006952.

293 EL BOUDOUHI Saïda, *op. cit.*, p. 371.

294 Cour de Cassation, *Le rôle normatif de la Cour de cassation : étude annuelle 2018*, Direction de l'information légale et administrative, 2018, p. 170.

295 DRAGO Marie-Line, *Le principe de normativité criminelle, reconfiguration du principe de légalité criminelle*, Thèse, Université de Montpellier, 2016, 418 p.

296 REUTER Paul, « Le droit international et la place du juge français dans l'ordre constitutionnel national », in *L'application du droit international par le juge français*, Actes du colloque organisé par la Société française de droit international, Colin, 1972, p. 17.

297 AUBERT Bernadette, *op. cit.*, Annexe II, p. II-III.

le juge pénal national est appelé à jouer un rôle de premier ordre. Il doit gérer les rapports juridiques entre deux ordres juridiques distincts et résoudre le conflit éventuel entre leurs émanations normatives abondantes. Comme le relèvent Jean Combacau et Serge Sur, « *les juridictions montrent une ouverture et une hardiesse croissantes à l'égard du droit international mais […] ces avancées ponctuelles et partielles ne sont le fruit ni d'une réflexion ni d'une décision d'ensemble sur la conception de principe* »[298].

**81.** Aux XIX[e] et XX[e] siècles, les premières avancées jurisprudentielles sur la question concernaient rarement le droit pénal qui était cantonné dans un cadre restreint telles les conventions d'extradition ou de piraterie. Ainsi, la théorie de l'application des conventions internationales a généralement été forgée hors de l'espace pénal, surtout par la doctrine de droit public et la jurisprudence non-pénale. Il est vrai que le sujet d'étude présente plusieurs difficultés qui ne sont particulièrement pénales. Toutefois, parce qu'il est lié à la définition des valeurs à protéger, parce qu'il est lourd de conséquences sur la liberté individuelle, le droit pénal nécessite une inculturation en son sein de la théorie d'application des conventions internationales qui prend en compte ses caractéristiques, notamment le principe de légalité. Dans le cadre d'une étude comparée, il est intéressant d'analyser comment une source de droit pénal, commune à plusieurs États, est « accueillie » par le système juridique interne et appliquée par le juge national.

**82.** Au cœur d'une mer turbulente, le juge pénal est muni d'une boussole, mais n'est point muni de carte. Quand il est confronté à une affaire mettant en question une convention internationale, il est guidé par des principes comme la légalité criminelle et une conception de son rôle comme gardien de la liberté individuelle. À force d'essayer des routes différentes avec ses homologues dans les différents États, il avance vers sa destination. Le défi de cette étude est de fournir une carte de navigation actualisée, dessinée par la pratique jurisprudentielle comparée, et adressée spécifiquement au juge pénal.

## § 6. MÉTHODOLOGIE

**83.** « *La compréhension est une aventure redoutable où tous les héritages culturels risquent de sombrer dans un syncrétisme vague* »[299]. Par l'analyse des décisions américaines, égyptiennes et françaises, nous ne cherchons pas à rétablir une *prisca theologia*, mais à confronter des approches différentes pour distinguer un guide d'application des conventions internationales devant le juge pénal national. Notre étude ne se situe pas dans le domaine théorique de l'examen d'une nouvelle forme d'interaction entre ordres international et interne venant triompher sur les conceptions traditionnelles de monisme et de dualisme. Elle n'essaye pas non plus de mettre à l'épreuve les théories innovantes dans ce domaine. Elle relève plutôt de l'infrastructure que de la superstructure. Elle s'efforce d'offrir une base matérielle à ce monde d'idées par l'étude

298 COMBACAU Jean et SUR Serge, *Droit international public*, LGDJ, 11[e] éd., 2014, p. 204.

299 GARAPON Antoine, PAPADOPOULOS Ioannis, *op. cit.*, p. 15.

comparée du sujet d'application des conventions internationales et ceci par la présentation de cas pratiques dans lesquels le juge pénal a dû concrètement articuler la relation entre droit international et droit répressif interne[300].

**84.** « *On pense mettre les mêmes choses derrière les mots, qu'un judge est un juge, qu'un trial est un procès, sans comprendre qu'ils procèdent de représentations collectives très différentes* »[301]. L'approche comparative entre trois États représente bien évidemment une route escarpée qu'il faut franchir avec attention, surtout quand la lecture de systèmes juridiques distincts se fait dans trois langues différentes. Ainsi, « *une étude […] en droit comparé ne pourrait faire l'économie du droit pénal général et de la procédure pénale, et au-delà de l'histoire juridique des systèmes comparés. Mais aussi le contexte politique, social, culturel… dans lequel baigne le système étudié* »[302]. Pour cette raison, des développements plus détaillés seront consacrés aux notions générales de droit pénal américain et de droit pénal égyptien lorsque ces notions, situées dans leur contexte, sont nécessaires pour la compréhension de questions liées au sujet d'étude.

**85.** *A priori*, et comme l'intitulé l'indique, le juge pénal fera l'objet de cette étude. Cette proposition perd un peu de précision quand on se dirige vers les États-Unis, où la nuance n'existe pas. La locution latine a pour but de déclarer que nous aurions recours à des décisions non pénales, et cela dans les hypothèses présentant un intérêt particulier ou bien les cas dans lesquels le juge pénal n'a pas été confronté par une question touchant au sujet. Au regard du large répertoire de jurisprudence en question, l'étude se concentrera logiquement sur les décisions des cours suprêmes. Celles-ci, veillant sur l'uniformité de l'application des conventions internationales dans les trois États, ne seront dépassées qu'en cas de lacune, ou lorsqu'une décision inférieure représente une innovation en la matière. Par rapport au critère temporel, seule la période postérieure à la deuxième guerre mondiale sera prise en compte, puisqu'elle coïncide avec l'accélération du développement du droit international[303] et surtout des conventions en matière pénale. La seule exception concerne les arrêts de principe antérieurs à cette période et qui sont généralement américaines.

**86.** La délimitation jurisprudentielle a produit plus de 500 arrêts à analyser dans l'ensemble des États comparés. De cet ensemble jurisprudentiel, une soixantaine de conventions internationales a été recueillie. Notre objectif est de canaliser cette matière première riche, par une approche comparative, vers une systématisation des réflexes et des solutions apportées par

---

300 Il est important de noter que la qualification d'un système juridique donné en moniste ou dualiste ne constitue pas une préoccupation pour le juge dans son application des conventions internationales. Cependant, on a pu relever une décision égyptienne dans laquelle a été retenu le caractère moniste de la Constitution égyptienne et la conséquence de cette caractérisation pour le juge. V. CE (Egy), 24 novembre 2009, Req. n° 35502, année judiciaire 63, consulté sur *eastlaws.com*.

301 GARAPON Antoine, PAPADOPOULOS Ioannis, *op. cit.*, p. 14.

302 PARIZOT Raphaële, « Utilité et méthode du droit pénal comparé », *op. cit.*, p. 804.

303 Le recueil des traités des Nations Unies recense 24065 conventions avec un nombre de parties entre 2 et 200. FRANCK Thomas et FOX Gregory, *International Law decisions in national courts*, Transnational Publishers, New York, 1996, p. 1.

le juge pénal national confronté, avec ses pairs, à un même texte international ou à de textes différents de la même source internationale. Dans une telle configuration, chaque juge pénal national « *peut apporter sa pierre à la construction d'ensemble et espérer inspirer les autres, à condition d'adopter une motivation adéquate* »[304]. Comme l'a fait remarquer la Chambre des Lords britannique, « *tout système juridique peut bénéficier de la connaissance des solutions données par d'autres cours et d'autres tribunaux à des problèmes similaires* »[305]. De nouvelles notions seront introduites pour rendre plus lisible cette systématisation et établir une « *sorte de langage commun* »[306] entre les droits comparés, « *des langues pénales ressemblantes* »[307]. Le travail de rapprochement de la jurisprudence comparée produira ainsi naturellement les particularités propres à chaque système répressif national. Par ailleurs, nous rapportons dans certains cas quelques décisions et exemples pertinents, ne provenant pas des États comparés, pour appuyer la démonstration.

## § 7. ANNONCE DU PLAN

**87.** Pour pouvoir délivrer leur cargaison dans le marché interne, l'entrée des vaisseaux à travers l'écluse doit être menée par l'éclusier dans toutes ses étapes.

« *Tout traité a pour but de produire un effet de droit entre les États parties, le plus souvent de créer des obligations et des droits dans leurs rapports mutuels ou de poser une règle de conduite, que les parties s'engagent à suivre* »[308]. Pour que les conventions internationales puissent produire les effets voulus par leurs rédacteurs en droit pénal interne, le juge répressif est tenu de s'assurer, en première étape, que les conditions d'application nécessaires ont été réunies (Première Partie). Les constitutions comparées enferment un texte-écluse qui autorise l'introduction formelle des traités dans l'ordre interne. Mais pour pouvoir pénétrer l'espace pénal interne, la convention internationale doit également posséder des qualités intrinsèques, requises surtout par le principe de légalité.

Une fois l'étape de vérification déroulée, le juge pénal national suit certaines modalités pour matérialiser l'effet renfermé dans les traités (Deuxième Partie). L'interprétation permet au juge de délimiter le champ d'application de la convention au regard des faits d'espèce. Une fois cet

---

304 DE LAMY Bertrand, « Propos introductifs », *in* MALABAT Valérie (dir.), *Juge national, européen, international et droit pénal*, Actes de la journée d'étude organisée le 24 juin 2011 par l'Institut de Sciences Criminelles et de la justice de Bordeaux, Cujas, 2012, p. 5.

305 *R. v Khan* [1996] 2 Cr App R 440 ; cité dans GIANNOULOPOULOS Dimitrios, *L'exclusion de preuves pénales déloyales : une étude comparée des droits américain, anglais, français et hellénique*, Thèse, Université Paris I-Panthéon Sorbonne, 2009, p. 59.

306 DELMAS-MARTY Mireille, « Réflexions sur l'hybridation en procédure pénale : nécessité du droit comparé à l'heure de l'internationalisation pénale », *in* Mélanges Bernard Bouloc, *Les droits et le droit*, Dalloz, 2007, p. 315 ; cité dans PARIZOT Raphaële, « Utilité et méthode du droit pénal comparé », *op. cit.*, p. 805.

307 DE LAMY Bertrand, *op. cit.*, p. 5.

308 BASTID Suzanne, *Les traités dans la vie internationale : conclusion et effets*, Economica, coll. Droit International, 1985, p. 113.

exercice passé avec réussite, le juge pénal emploie une technique d'application adaptée à la qualité pénale de la convention internationale.

# PREMIÈRE PARTIE.

# LES CONDITIONS D'APPLICATION DES CONVENTIONS INTERNATIONALES

**88.** Le livre des morts des Anciens Égyptiens est un ensemble de rouleaux de papyrus, trouvés dans les sarcophages, sur lesquels sont inscrites des formules funéraires. Il est destiné à aider le défunt à voyager le monde souterrain - à bord de la barque solaire - pour rejoindre l'au-delà, pour « *sortir au jour* », tel que l'exprime le vrai titre du livre[309]. Dans ce monde obscur, l'esprit doit franchir plusieurs « portes » avant d'arriver à l'étape de jugement. Chaque porte est protégée par une déesse ou un être démonique qui représente une épreuve qu'il faut réussir.

Les conditions d'application des conventions internationales constituent les portes que la convention internationale doit franchir avant d'arriver à l'étape de jugement et, éventuellement, sortir au jour de l'application. Deux portes se suivent chronologiquement : la porte de la validité et la porte de l'effectivité pénale.

**89.** Avant de prendre cette route escarpée, deux précisions fondamentales s'imposent concernant la distinction entre la validité de la convention et son effectivité pénale. D'une part, la validité constitue une analyse de la convention par rapport à une référence externe, la Constitution ; alors que l'effectivité se concentre sur les caractéristiques internes. D'autre part, la distinction entre validité et effectivité est primordiale pour conserver le rôle exclusivement judiciaire du juge exprimé par le principe de légalité criminelle. Admettre que la force de loi d'une convention dépend de son « *effet direct* » ou de son « *applicabilité directe* » revient à donner au juge les prérogatives démiurgiques du Législateur[310].

Pour cette raison, est fortement critiquable l'approche doctrinale américaine[311] selon laquelle une convention inapplicable par le juge pénal « *n'est simplement pas la loi suprême du pays* »[312] malgré sa validité constitutionnelle. Cette approche crée ainsi un lien symbiotique entre les deux notions de force de loi et de *self-execution*, un lien qui est absent du texte de la

---

309 DERUISSEAU Pierre, « Le Pharaon contre-attaque : une approche du mythe-science de Sun Ran », *Multitudes*, 2012/4 n° 51, p. 198.

310 Olivier Schutter explique la fonction de la notion d'effet direct comme moyen pour préserver la séparation des pouvoirs de la manière suivante : « lorsque la marge d'appréciation de l'État est trop importante dans l'adoption des mesures par lesquelles il peut s'acquitter de ses obligations internationales, il ne reviendrait pas au juge, à qui l'application directe de la règle internationale est demandée, de préjuger du contenu des choix qui sont à faire : dès lors qu'une marge d'appréciation existe, *le juge ne pourrait, sans empiéter sur le domaine du législateur, se substituer à lui* ». DE SCHUTTER Olivier, *Fonction de juger et droits fondamentaux : transformation du contrôle juridictionnel dans les ordres juridiques américain et européens*, Bruxelles, Bruylant, Bibliothèque de la faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, 1999, p. 152.

311 Un commentateur français refuse « d'intégrer parmi les conditions d'introduction de la norme conventionnelle internationale dans le système juridique interne, celle tenant aux effets directs de la norme internationale à l'égard des particuliers ». Parmi les raisons pour cette position, il indique qu'un traité peut trouver application, sans pour autant créer des droits pour les individus ; LACHAUME Jean-François, « Droit international et juridiction judiciaire », *Dalloz Répertoire de droit international*, décembre 2013, n° 50.

312 SLOSS David, *The death of Treaty supremacy: an invisible constitutional change*, Oxford University Press, 2016, p. 307. V. également, BRADLEY Curtis, « Intent, presumptions and non-self-executing treaties», 102 *AJIL* 540 (2008). Pour les contre-arguments, V. SLOSS David, « The Constitutional right to a treaty preemption defense », 40 *U. Tol. L. Rev.* 971, 979 (2009).

Constitution[313]. Selon cette logique, l'introduction du traité dans l'ordre juridique interne n'est plus un fait accompli par la procédure de ratification constitutionnellement prévue, mais elle devient fruit du travail interprétatif du juge pénal qui « *accorde* » cette force de loi quand il constate le caractère *self-executing* du traité. Cette approche a rarement été admise par la jurisprudence fédérale[314] et constitue une rupture avec des précédents[315] émanant de la Cour suprême depuis son arrêt emblématique *Foster v. Neilson*.

**90.** Durant le contrôle de la validité (Titre I), gardée par la Constitution, le juge pénal s'assure que la convention a été dûment ratifiée et publiée par le pouvoir compétent[316]. Ainsi, il contrôle la conformité de la convention avec les exigences constitutionnelles. Outre la validité formelle, le juge pénal peut éventuellement être amené à contrôler la convention substantiellement pour s'assurer que son contenu est en harmonie avec la constitution nationale. L'effectivité pénale (Titre II) est définie comme la capacité de la norme internationale à engendrer des effets dans l'espace pénal interne. Il s'agit d'une porte gardée par le principe de légalité. S'imposent ainsi des qualités que la norme internationale doit réunir pour respecter ce principe directeur. D'un point de vue formel, la norme internationale doit être complète, c'est-à-dire qu'elle doit réunir les éléments d'incrimination et de sanction pour pouvoir créer une infraction. D'un point de vue matériel, la norme conventionnelle se doit d'être précise : accessible et prévisible.

313 Pour un exposé des positions de ce courant doctrinal baptisé comme « modèle nationaliste », V. SLOSS David, « Schizophrenic Treaty Law », 43 *Texas International Law Journal* 15 (2007).

314 À titre d'exemple, V. *Payne-Barahona v. Gonzales*, 474 F.3d 1 (1st Cir. 2007) dans lequel la Cour fédérale d'appel a considéré que les traités dépourvus d'effet direct, comme le Pacte international des droits civils et politiques, « n'ont pas la force de loi interne ». Dans le même sens, V. *Guaylupo-Moya v. Gonzales*, 423 F.3d 121 (2nd Cir.2005). Ces décisions sont à comparer avec d'autres qui consacrent la distinction entre validité et effectivité comme *United States v. Duarte-Acero*, 208 F.3d 1282 (11th Cir. 2000) ou plus explicitement *Maria v. McElroy*, 68 F. Supp. 2d 206 (E.D.N.Y. 1999) : « Même si le Pacte international des droits civils et politiques n'est pas auto-exécutoire, il est une obligation internationale des États-Unis et il constitue une loi du pays ».

315 *United States v. Alvarez-Machain*, 504 U.S. 655 (1992). Dans cet arrêt, la Cour constate la force de loi d'une convention d'extradition avant d'affirmer son rôle dans l'application de cette dernière « if […] it is self-executing ». Les deux questions de validité et d'effectivité sont ainsi tranchées séparément.

316 Le juge pénal aux États-Unis effectue un contrôle préalable de la convention internationale pour savoir si la disposition soulevée relève du droit de punir fédéral ou s'attache plutôt à la compétence étatique, et cela selon la répartition établie par l'article 10 de la constitution américaine.

# TITRE I.

## LA VALIDITÉ
## DANS L'ORDRE CONSTITUTIONNEL INTERNE

**91.** Dans les dictionnaires juridiques, la validité est définie comme le « *caractère d'un acte qui remplit les conditions légales pour produire son plein effet* »[317]. Pour être valide, une norme juridique doit être conforme aux déterminations de l'ordre juridique qui désigne les organes « *habilités à l'édicter* », « *fixe les rituels à observer* », « *définit les formes à suivre* », « *balise enfin le champ des possibles* »[318].

La validité constitue donc une première porte, gardée par la Constitution, que la convention internationale doit franchir avant de produire ses effets dans l'ordre juridique interne. La validité constitue alors une analyse du traité à la lumière d'une référence externe. À partir du moment où la convention passe cette porte avec succès, elle devient une source de droit pénal pour les juridictions répressives nationales.

**92.** Cette conception du terme « *validité* » a été utilisée par les juridictions comparées. Ainsi, dans l'arrêt *Jones v. Walker*[319], une juridiction fédérale américaine précise que la « *validité nécessaire* » à la convention résulte de son élaboration par l'autorité compétente et de son respect de la Constitution. De même, la Cour suprême fédérale a jugé qu'un « *traité ne peut être valide s'il enfreint la Constitution* »[320]. Avec moins de précision, des juridictions françaises utilisent le terme dans le cadre du contrôle des procédures d'élaboration de la convention[321] ou l'examen de cette dernière à la lumière d'une autre référence[322].

**93. L'exclusion de la condition de réciprocité.** Une remarque préliminaire doit être faite à propos de l'exigence de réciprocité qui figure dans l'article 55 de la Constitution française. Ce texte conditionne la force juridique des traités par une réserve « *pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie* ». La condition de réciprocité peut alors s'apparenter à une condition de validité dans l'ordre constitutionnel interne. La doctrine pénaliste[323], ainsi que l'ancienne jurisprudence pénale[324], consacre une attention à cette question, jugeant qu'il n'appartient pas au juge, mais au ministère des affaires étrangères de la trancher.

---

317 GUILLIEN Raymond et VINCENT Jean, *Lexique des termes juridiques*, 15e éd., Dalloz, 2005, p. 633.

318 CHEVALLIER Jacques, « L'ordre juridique », in *Le droit en procès*, Ouvrage collectif, PUF, 1983, p. 22.

319 *Jones v. Walker*, 13 F. Cas. 1059 (C.C.D. Va. n.d.), cité dans SLOSS David, « Judicial deference to executive branch treaty interpretations: A historical perspective », 62 *NYU Annual Survey of American Law* 497 (2007), 518.

320 *Missouri v. Holland*, 252 U.S. 416 (1920).

321 CA Chambéry, ch. sécurité sociale, 9 novembre 2010, n° 10/01086, consulté sur *dalloz.fr* : « que la France ayant ainsi satisfait à la procédure de notification susvisée, ledit traité fait bien partie de l'ordre juridique interne et international, et ce indépendamment de son enregistrement au secrétariat de l'O.N.U., laquelle procédure est sans incidence sur la *validité* et la force exécutoire du traité entre les parties signataires ».

322 CAA Marseille, 4e ch., 7 septembre 2010, n° 07MA04497, consulté sur *dalloz.fr* : « il n'appartient pas au juge administratif de se prononcer sur la *validité* d'un engagement international au regard d'autres engagements internationaux ».

323 AUBERT Bernadette, *op. cit.*, p. 80 et s. ; HUET André et KOERING-JOULIN Renée, *op. cit.*, p. 9 ; DESPORTES Frédéric et LAZERGES-COUSQUER Laurence, *op. cit.*, p. 72.

324 V., à titre d'exemple, la décision surexploitée : Cass. Crim., 29 juin 1972, *B.* n° 226.

**94.** Cela étant, nous trouvons que cette condition doit être écartée du champ des conditions de validité. La position de la doctrine internationaliste est claire sur le sujet. Pour George SCELLE, les traités obéissent à la technique de la loi et « *la loi est égale pour tous* »[325]. La réciprocité joue à plein son rôle dans la phase de négociation et d'élaboration de l'accord international, mais elle ne peut constituer un fondement pour contester la validité de ce dernier une fois sa ratification acquise[326].

C'est dans le sens de cette doctrine que s'est exprimé le juge constitutionnel français. Le Conseil constitutionnel a relevé, lors de l'examen du statut de la Cour pénale internationale, que les obligations du traité :

> « S'imposent à chacun des États parties indépendamment des conditions de leur exécution par les autres parties ; qu'ainsi la réserve de réciprocité mentionnée à l'article 55 de la Constitution n'a pas lieu de s'appliquer. »[327]

**95.** Par ailleurs, il existe un consensus doctrinal selon lequel cette condition n'est pas exigée dans le cadre des conventions des droits de l'homme. Plus déterminant encore, notre analyse des arrêts répressifs récents démontre un désintérêt complet de la part du juge pénal français à propos de cette exigence constitutionnelle.

**96.** Pour les raisons précédentes, la réserve de réciprocité ne fait pas l'objet de développements ultérieurs dans le cadre des conditions de validité. En cela, nous nous rangeons du côté de la formation civile de la Cour de cassation qui a catégoriquement précisé la compétence du juge judiciaire en la matière. Par rapport à une convention franco-polonaise de 1967, les juges estiment que :

> « En l'absence d'initiative prise par le gouvernement pour dénoncer une convention ou suspendre son application, il n'appartient pas aux juges d'apprécier le respect de la condition de réciprocité prévue dans les rapports entre États par l'article 55 de la Constitution. »[328]

**97.** Ainsi, par rapport à la validité, le contrôle du juge pénal se déplie en deux facettes formelle et substantielle. Pour l'introduction des conventions internationales en droit interne, les conditions formelles exigées par les constitutions comparées sont généralement la ratification et la publication (Chapitre I). La Constitution américaine est moins exigeante du fait que la condition de publication n'est pas présente dans la « *clause de suprématie* ». Cependant, les deux conditions doivent être réunies pour que la convention acquière une « *autorité supérieure* » à celle des lois en France, ou la « *force de loi* » en droit égyptien. Se pose ensuite la question de savoir si le juge pénal peut vérifier la validité substantielle de la convention par rapport aux dispositions constitutionnelles (Chapitre II). La réponse met en jeu les cultures juridiques comparées et la conception du rôle du juge pénal dans les institutions judiciaires. Alors que ce contrôle

---

325 SCELLE George, *op. cit.*, p. 1019.

326 *Ibid.*

327 Cons. Const., 22 janvier 1999, *Traité portant statut de la Cour pénale internationale*, n° 98-408 DC, *Recueil*, p. 29.

328 Cass. Civ., 6 mars 1984, *B.* n° 85.

substantiel est logiquement accepté aux États-Unis, sa proclamation semble nécessaire pour le juge pénal en Égypte et en France.

# CHAPITRE I.

## LA VALIDITÉ FORMELLE, UN CONTRÔLE ACCEPTÉ

**98.** Selon la Haute Cour constitutionnelle égyptienne, « *la règle juridique doit réunir les conditions formelles exigées par la constitution pour son application* »[329]. Pour l'application des conventions internationales, les conditions formelles exigées par les constitutions comparées sont généralement la ratification et la publication. La Constitution américaine est moins exigeante du fait que la condition de publication n'est pas présente dans la « *clause de suprématie* ». Cependant, les deux conditions doivent être réunies pour que la convention acquière une « *autorité supérieure* » à celle des lois en France, ou la « *force de loi* » en droit égyptien. Ainsi que l'exprime la Chambre criminelle de la Cour de cassation française[330], c'est leur « *effet conjugué* » qui introduit une convention dans l'ordre juridique interne. Avec l'accomplissement des procédures exigées, la convention internationale devient une source de droit pénal pour les juridictions nationales. Cette conséquence explique la raison pour laquelle le juge pénal s'est autorisé un contrôle de validité puisant sa source dans un texte constitutionnel.

**99.** En premier lieu, la ratification constitue l'acte par lequel l'État s'engage à prendre les mesures appropriées pour effectuer ses obligations internationales (Section I). Selon les constitutions comparées, la nature de la convention impose des procédures différentes de ratification. L'étendue du contrôle du juge pénal a évolué d'une vérification élémentaire de l'existence matérielle à un contrôle plus nuancé du respect des procédures constitutionnelles. En deuxième lieu, la publication dans le journal officiel est l'acte final par lequel la convention est transformée en source de droit pénal (Section II). La publication est exigée par le principe de légalité. Et comme nul n'est censé ignorer la loi, le traité ratifié doit être porté à la connaissance des citoyens pour qu'il entre en vigueur à leur égard.

---

329 HCC (Egy), 14 janvier 2007, Req. n° 220, année judiciaire 26, consulté sur *sccourt.gov.eg*. Dans la même ligne, le Conseil d'État français considère que la publication a « pour effet d'introduire [le traité] dans l'ordre juridique interne français », CE, Ass., 13 juillet 1965, *Société Navigator*, *Lebon*, p. 423.

330 Cass. Crim., 6 novembre 1997, *RSC* 1998, p. 538, note BOULOC. V. également, Cass. Crim., 10 novembre 1999, *DP* n° 4, avril 2000, comm. 46, note ROBERT.

## SECTION I.
## LA RATIFICATION, ACTE DE NAISSANCE DE LA CONVENTION DANS L'ORDRE INTERNE

**100.** La ratification est une affirmation de volonté politique. Elle puise son origine historique dans la pratique monarchique de pleins pouvoirs délivrés aux représentants de L'État dans la négociation et la signature des conventions internationales[331]. Le monarque conservait alors un droit de contrôle *a posteriori* nécessaire pour empêcher les excès du mandataire. Avec les révolutions du XVIII[e] siècle, le souverain devient le peuple représenté par ses élus et la pratique survit dans les constitutions révolutionnaires. Elle est actuellement définie comme « *l'acte par lequel l'autorité étatique la plus haute, détenant la compétence constitutionnelle de conclure les traités internationaux, confirme le traité élaboré par ses plénipotentiaires, consent à ce qu'il devienne définitif et obligatoire et s'engage solennellement au nom de l'État à l'exécuter* »[332]. Cette définition déplie les compétences et les procédés qui guident le contrôle de la ratification par le juge pénal (§ 2), mais elle n'élucide pas les effets éventuels de la simple signature de la convention internationale (§ 1).

### § 1. L'INTERROGATION SUR L'EFFET DE LA SIMPLE SIGNATURE D'UNE CONVENTION INTERNATIONALE

**101.** La genèse d'une convention internationale se fait par étapes distinctes, dont l'acte de ratification constitue l'apogée. Cette expression de consentement est intimement précédée par la signature qui, selon l'article 18 de la Convention de Vienne sur les traités, place l'État signataire dans une situation distincte en ce qui concerne ses obligations. Il serait intéressant de déterminer si le juge pénal est tenu d'appliquer une convention qui n'a pas réuni les conditions nécessaires de sa force de loi. Ainsi, il convient de poser la question en droit international (A), avant d'y répondre au niveau interne, tout en s'interrogeant sur la portée de la solution pour le juge pénal (B).

#### A. LA QUESTION POSÉE EN DROIT INTERNATIONAL

**102.** La convention internationale conclue à Vienne le 23 mai 1969 est un « *super-traité* »[333]. D'origine coutumière, elle codifie de manière abstraite l'ensemble des règles applicables à la

331 DAILLIER Patrick, FORTEAU Mathias, QUOC DINH Nguyen, Pellet Alain, *op. cit.*, p. 153.

332 *Ibid.*

333 NISOT Joseph, « L'article 18 de la convention de Vienne sur le droit des traités », *RBDI*, 1970.2, p. 498.

conclusion des conventions internationales. Dans son article 18, elle stipule qu'un État doit s'abstenir d'actes qui priveraient un traité de son objet et de son but lorsqu'il a signé un traité. Fondées sur la bonne foi, les notions d'objet et de but apparaissent également dans l'article 19 de la convention régissant les réserves[334]. L'un des Rapporteurs de la Commission du droit international des Nations Unies, ayant pour mission de rédiger ladite convention, explique que l'article 18 interdit les actes de mauvaise foi visant délibérément à priver un autre État partie des « *bénéfices légitimes* » qu'il pensait tirer d'un quelconque traité[335]. L'exemple classique est représenté par une convention qui régit la cession d'un territoire déterminé d'un État à l'autre, l'acte prohibé serait le fait de céder ce même territoire à un État tiers et cette interdiction s'impose dès la signature[336]. De sa part, la CIJ a confirmé dans une affaire[337] que la signature constitue l'expression fidèle de vues communes des parties. La doctrine française précise que la portée de cette obligation « *ne signifie pas que l'État signataire est tenu de respecter les dispositions de fond du traité* »[338], mais qu'un tel État ne doit pas se comporter d'une manière « *qui viderait de toute substance son engagement ultérieur* »[339]. De l'autre côté de l'Atlantique, les professeurs Goodman et Jinks affirment explicitement qu'en droit international, « *les obligations conventionnelles fondamentales s'imposent plus tôt dans le processus d'incorporation, et ceci dès la signature* »[340].

**103.** Il apparaît de ces différentes références qu'un consensus est loin d'être atteint concernant la valeur et les effets de la simple signature d'une convention internationale, les interprétations oscillantes entre une tendance restrictive qui déduit une obligation *erga omnes* de préserver les bénéfices potentiels et une tendance extensive imposant un respect des dispositions fondamentales de la convention, même avant sa ratification.

### B. La solution retenue en droit interne

**104. L'effet de la signature comme choix constitutionnel.** Comme nous l'avons décrit dans l'introduction générale, c'est le texte constitutionnel national qui définit la valeur du droit international dans le système juridique interne. Le Constituant, que ce soit en Égypte, aux États-Unis ou en France, n'a pas défini d'effets visibles pour la simple signature des

---

334 Article 19 de la convention de Vienne sur le droit des traités :

« Un État, au moment de signer, de ratifier, d'accepter, d'approuver un traité ou d'y adhérer, peut formuler une réserve, à moins :

c) que, […], la réserve ne soit incompatible avec l'objet et le but du traité ».

335 BRADLEY Curtis, « Unratified treaties, domestic politics and the US Constitution », 48 *HILJ* 307, 329 (2007).

336 *Ibid.*

337 CIJ, arrêt, 16 mars 2001, *Délimitation maritime et questions territoriales entre Qatar et Bahreïn*, *Recueil* 2001, p. 40.

338 DAILLIER Patrick, FORTEAU Mathias, QUOC DINH Nguyen, Pellet Alain, *op. cit.*, p. 150.

339 *Ibid.*

340 GOODMAN Ryan & JINKS Derek, « Measuring the effects of human rights treaties », 14 *EJIL* 171, 173 (2003).

conventions internationales. La Cour suprême américaine s'est exprimée sur le sujet dans *Haver v. Yaker*, considérant que la signature n'est pas suffisante pour produire des effets auprès des individus[341]. La Cour de cassation égyptienne affirme, quant à elle, que :

> « Les conventions internationales ne s'imposent qu'aux États parties dans leurs relations réciproques et un État ne devient partie à une convention qu'en la ratifiant selon la procédure délimitée par sa loi interne »[342].

Ainsi, le juge pénal ne peut pas appliquer une convention internationale signée et non ratifiée sur la base de la valeur intrinsèque de la signature en droit international. Il doit s'efforcer de fonder sa décision sur un motif plus solide juridiquement, ce qu'il peut trouver dans l'article 18 de la Convention de Vienne sur le droit des traités. Les cours fédérales américaines ont même posé un principe selon lequel « *la signature d'une convention sert seulement à authentifier son texte, il n'établit pas le consentement de l'État pour y être lié* »[343].

La solution retenue acquiert plus d'importance du fait de la pratique américaine historique laissant passer un délai important entre les deux phases de signature et de ratification[344]. Ainsi, on remarque l'abondance des conventions internationales signées et non-ratifiées par les États-Unis depuis le milieu des années 1970 jusqu'à présent. Nombre d'entre elles intéressent le domaine pénal, à savoir les deux protocoles additionnels des conventions de Genève (signés en 1977) et surtout le Statut de Rome (signé en 2000) établissant la Cour pénale internationale.

**105. La signature et la criminalisation de la prostitution à Hawaï.** À partir de cette présentation, il est intéressant d'analyser la décision de la Cour suprême d'Hawaï *State v. Romano*[345] dans laquelle était remise en question la criminalisation de la prostitution par le législateur étatique. L'accusée avait formé un pourvoi contestant l'infraction de prostitution, consacré à l'article HRS § 712-1200(1)[346] du code pénal local, en se basant sur le droit constitutionnel à la vie privée. Pour la Cour, la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes de 1979 a posé une obligation sur les États parties de prendre « *toutes les mesures appropriées, y compris des dispositions législatives, pour réprimer, sous toutes leurs formes, le trafic des femmes et l'exploitation de la prostitution des femmes* »[347]. Malgré le fait que cette convention n'ait pas été ratifiée, les juges ont considéré que la simple signature par le gouvernement américain le 17 juillet 1980 constitue une acceptation d'une obligation de répression par les États-Unis, ce qui justifie la limitation portée au droit à la vie

---

341 *Haver v. Yaker*, 76 U.S. 32 (1869).

342 Cass. Crim. (Egy), 25 mars 1982, Req. n° 295, année judiciaire 51, consulté sur cc.gov.eg .

343 *Flores v. Southern Peru Copper Corp.*, 414 F.3d 233 (2d Cir. 2003); *Blue Ridge Investments v. Republic of Argentina*, 735 F.3d 72 (2d Cir. 2013).

344 BRADLEY Curtis, « Unratified treaties, domestic politics and the US Constitution », *op. cit.*, p. 309.

345 *State v. Romano*, 155 P.3d 1102, 1115 (Haw. 2007).

346 [notre traduction] « Une personne commet l'infraction de prostitution si elle s'engage, accepte ou offre de se livrer à une conduite sexuelle contre une somme d'argent ».

347 Article 6 de la convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes.

privée. Il est regrettable que la Cour suprême d'Hawaï n'ait pas fait référence à l'obligation consacrée à l'article 18 de la Convention de Vienne sur le droit des traités. En toute manière, le rôle de la convention signée était limité dans le cas d'espèce.

**106. Le motif de l'article 18 de la Convention de Vienne sur le droit des traités.** L'invocation de la convention de Vienne peut être justifiée par le fait qu'elle est entrée en vigueur au niveau national, comme pour le cas de l'Égypte l'ayant ratifié le 11 février 1982. La Haute Cour Constitutionnelle avait rappelé l'adhésion de l'Égypte à cette convention avant de tirer les conséquences de son application dans deux considérants, et cela dans une affaire datant de 1993[348].

**107.** L'invocation de la convention de Vienne peut également être justifiée par sa valeur coutumière. C'est la logique qu'a suivie la Cour de cassation française par rapport à certains articles de la convention « *prise en tant que coutume internationale* »[349], ou « *codifiant sur ce point le droit international coutumier* »[350], donc « *source possible de règles invocables devant le juge français* »[351]. Par la même approche, les cours fédérales américaines considèrent les dispositions de la convention de Vienne comme du « *droit international coutumier* »[352] érigé en « *guide faisant autorité sur le droit et la pratique en vigueur des traités* »[353] par le ministère des affaires étrangères.

**108. Une hypothèse théorique appropriée devant le juge pénal.** Une fois la justification présentée, le juge pénal pourra théoriquement donner un certain effet à la signature des conventions internationales. Il ne sera pas tenu d'office d'invoquer toute convention signée, puisqu'à ce stade elle ne possède pas la force de loi. Cependant, si un moyen approprié, fondé sur la convention de Vienne, est présenté par l'accusé, le juge pénal peut l'examiner en interprétant de manière stricte les notions d'objet et de but.

Dès lors, il nous faut bien délimiter une hypothèse dans laquelle la signature d'une convention internationale peut avoir effet devant les juridictions pénales. À titre liminaire, il est évident qu'une convention signée qui consacre une obligation de punir un certain comportement ne suffit pas pour poursuivre celui qui l'a commis, le principe de légalité faisant obstacle. De même, si un État signe une convention qui garantit un droit, celui-ci auparavant considéré comme criminel, le texte international ne peut pas constituer un motif d'acquittement. Prenons un exemple pouvant mieux illustrer notre propos : un État qui criminalise la grève signe une convention dont l'objet principal est de garantir ce droit

---

348 HCC (Egy), 6 février 1993, Req. n° 57, année judiciaire 4, consulté sur *sccourt.gov.eg*. V. également HCC (Egy), 2 mars 1996, Req. n° 30, année judiciaire 17, consulté sur *sccourt.gov.eg*, dans laquelle la Haute Cour utilise les mots de la Convention de Vienne sans la nommer explicitement.

349 Cass. Civ., 11 juillet 2006, *B.* 2006 I, n° 378, p. 325.

350 *Ibid.*

351 AUDIT Mathias, « De la notion de réserve faite par un État lors de la signature d'un traité », *RCDIP*, 2007, p. 392.

352 *Gonzalez v. Gutierrez*, 311 F.3d 942 (9th Cir. 2002).

353 *United States v. Yousef*, 327 F.3d 56 (2d Cir. 2003).

fondamental. En l'absence des actes de ratification et publication, le texte international privé de sa force ne peut pas avoir d'effet devant le juge pénal. La signature du traité ne suffit pas pour écarter l'infraction nationale selon l'article 18 de la Convention de Vienne.

**109.** À notre sens, la seule hypothèse dans laquelle la signature peut avoir un effet en vertu de l'article 18 est la suivante. Un État signe une convention garantissant le droit de grève. Après la signature, l'État décide de punir les fonctionnaires qui exercent ce droit. Dans cette hypothèse, l'État a adopté des actes qui privent le traité de son objet et de son but. L'exclusion de la nouvelle loi répressive par le juge pénal est en harmonie avec l'essence de l'obligation de l'article 18 de la Convention de Vienne. Encore une fois, il est important d'insister que le juge pénal ne donne pas effet à la simple signature de la convention, mais il veille au respect d'une obligation internationale consacrée par l'article 18.

**110.** **Le motif de l'article 18 en pratique.** La solution retenue de l'effet de la signature en droit interne, en vertu de l'article 18, a été repérée une seule fois en pratique. Il ne s'agit pas d'un arrêt pénal, mais son analyse reste intéressante en vue de la solution adoptée. Dans une affaire de garde d'un enfant handicapé[354], la décision d'un tribunal local de l'État de New York, sur l'effet de la signature en droit interne, est fondée sur l'article 18. Le tribunal a appliqué l'article 12 de la Convention relative aux droits des personnes handicapées, signée mais non ratifiée par les États-Unis, sur la base du respect des obligations qui découlent de la signature dans la Convention de Vienne. Cette solution rappelle la doctrine de « *l'attente légitime* »[355] développée par les tribunaux de certains États dualistes. Cette doctrine a pour objet de donner effet aux conventions signées, mais non encore introduites au niveau interne par la promulgation d'une loi d'incorporation. Le cas de figure est l'affaire *Teoh* examinée par la Haute Cour de l'Australie[356]. Un père malaisien est condamné pour des infractions de trafic de stupéfiants. Alors que son expulsion est étudiée par l'organe compétent, il entame une action en justice qui atteint le sommet de l'organisation judiciaire. Teoh demande que l'administration prenne en compte « *l'intérêt supérieur de son enfant* », notion consacrée par la Convention de 1989 sur les droits de l'enfant, signée par l'Australie mais non encore incorporée[357]. La Haute Cour lui donne gain de cause en affirmant que :

> « L'adhésion de l'Australie à une convention internationale […] n'est pas sans effet, […] mais elle constitue une affirmation positive par l'exécutif qu'il doit agir en accord avec la convention. Cette affirmation représente un fondement adéquat pour une attente légitime de la part du particulier que l'intérêt supérieur de l'enfant sera pris en compte par l'administration »[358].

---

354 *In re Mark C.H.*, 906 N.Y.S.2d 419 (N.Y. County Sur. Ct. 2010).

355 *Legitimate Expectation doctrine*.

356 *Minister of State for Immigration and Ethnic affairs v. Teoh*, 128 *A*LR 353 (1995).

357 SLOSS David (ed.), *The role of domestic courts in treaty enforcement: a comparative study*, Cambridge University Press, 2009, p. 147.

358 *Minister of State for Immigration and Ethnic affairs v. Teoh*, 128 *A*LR 353 (1995).

## § 2. LE CONTRÔLE DU JUGE PÉNAL À L'ÉGARD DE L'ACTE DE RATIFICATION

**111.** La ratification est un acte de consentement et de volonté. Elle est énoncée dans les constitutions comparées comme condition sine qua non pour conférer aux conventions internationales la « *force de loi* ». La Cour de cassation égyptienne confirme sur ce point qu'« *une convention internationale multilatérale ne s'impose qu'aux États parties, l'ayant ratifiée suivant la procédure déterminée par leur droit interne respectif, […] ainsi ses dispositions ne s'appliquent pas aux États qui ne l'ont pas ratifiée* »[359].

**112.** En principe, le contrôle du juge pénal est limité dans la matière, la Cour de cassation française confirmant dans l'arrêt Touvier « *qu'il n'appartient pas aux juridictions de l'ordre judiciaire de se prononcer sur la constitutionnalité des traités* »[360]. Sa consœur administrative précisait, dans le même sens, que le domaine « *de la conduite des relations internationales de la France échappe, […], à tout contrôle juridictionnel* »[361]. Malgré ce principe, le juge national a progressivement gagné en audace et le contrôle de la validité de la ratification est devenu moins polémique, il devient instinctif même. Pour mieux comprendre l'étendue de ce contrôle de constitutionnalité formelle (B), il faudra, tout d'abord, déplier le processus de ratification (A).

### A. LE PROCESSUS DE RATIFICATION

**113.** Nous avons précédemment évoqué l'intérêt de la ratification, présentée comme une méthode pour vérifier que les plénipotentiaires ont bien respecté les instructions données lors de la négociation de la convention. Au même niveau d'importance, la ratification constitue le moyen de l'intervention démocratique dans le procédé de conclusion des traités. Pour les États comparés, la compétence de ratification est partagée entre l'Exécutif et le Législatif, avec des nuances liées à l'histoire constitutionnelle de chacun d'entre eux : La France et l'Égypte soucieux du pouvoir présidentiel, les États-Unis attentifs au fédéralisme.

**114. Les articles 52 et 53 de la Constitution française.** Le Constituant français a confié au Président de la République la compétence générale de ratification des traités aux termes de l'article 52. Le moment historique imposait ce choix, une des préoccupations fondamentales de De Gaulle étant le renforcement de l'Exécutif [362], « *d'où une réduction du contrôle parlementaire au strict minimum* »[363]. L'article 53 énumère une liste de conventions[364] dont l'importance

---

359 Cass. Civ. (Egy), 25 mars 1982, Req. n° 295, année judiciaire 51, consulté sur cc.gov.eg .

360 Cass. Crim., 27 février 1990, *B.* n° 96 p. 251.

361 CE, ass., 29 septembre 1995, n° 171277, *Association Greenpeace France*, *Lebon*, p. 347.

362 CARREAU Dominique, MARELLA Fabrizio, *Droit international*, Pedone, 11ème édition, 2012, p. 154.

363 *Ibid.*

364 « Les traités de paix, les traités de commerce, les traités ou accords relatifs à l'organisation internationale, ceux qui engagent les finances de l'État, ceux qui modifient les dispositions de nature législative, ceux qui sont relatifs à l'état des personnes, ceux qui comportent cession, échange ou adjonction de territoire, ne peuvent être ratifiés ou approuvés qu'en vertu d'une loi »

justifie une approbation parlementaire. C'est surtout le Conseil d'État qui s'est penché sur la définition de ces catégories conventionnelles[365], la chambre civile de la Cour de cassation statuant sur « *ceux qui modifient des dispositions de nature législative* »[366]. Une exigence supplémentaire de référendum est imposée en cas de cession, d'échange ou d'adjonction de territoire.

**115. L'évolution des procédures de ratification dans les constitutions égyptiennes.** Jusqu'à la Révolution de 2011, la situation constitutionnelle égyptienne n'était pas différente de celle qui régnait en France : le Président est principalement compétent dans la procédure de ratification et il s'agit d'un exercice partagé pour les catégories de conventions « *importantes* »[367]. La révolte populaire récente étant essentiellement tournée contre le despotisme du régime de Moubarak, il n'est pas surprenant que le Constituant postrévolutionnaire ait pris en compte les appels à la restriction des pouvoirs présidentiels. D'abord, la Constitution de 2012 consacre l'approbation des deux chambres du Parlement comme condition générale nécessaire à la ratification, une majorité qualifiée étant exigée pour la catégorie de traités importants. Ensuite, la Constitution de 2014 garde le même principe, mais en se contentant de l'approbation de la Chambre des Représentants. Les conventions importantes sont, quant à elles, plus rigoureusement approuvées, puisque les électeurs doivent être convoqués pour un référendum.

**116. Le partage de la compétence aux États-Unis.** La participation démocratique, si elle constitue une nouveauté en droit égyptien, a toujours été la règle aux États-Unis. « *Le Président [a] le pouvoir de conclure des traités avec l'avis et le consentement du Sénat, pourvu que les deux tiers des sénateurs présents l'approuvent* »[368]. Si la Constitution de 1787 renforce le gouvernement fédéral en interdisant catégoriquement aux États fédérés de conclure des conventions soit avec un autre État, soit avec une puissance étrangère, elle préserve leurs intérêts par l'exigence du consentement sénatorial. Alexander Hamilton[369] explique cette approche en décrivant que :

---

365 V. CE, 9 juillet 2010, *Fédération nationale de libre pensée*, n° 327663, *AJDA* 2010, p. 1397, qui clarifie la notion de traités qui « modifient des dispositions de nature législative », ainsi que de ceux « relatifs à l'organisation internationale ». Pour un exposé des définitions doctrinales, V. POLI Philippe, *Les juridictions ordinaires françaises et le contrôle de la constitutionnalité des engagements internationaux*, Thèse, Université Paul Cézanne Aix-Marseille III, 2011, p. 60 et s.

366 Cass. Civ., 29 mai 2001, n° 99-16673, *B.* 2001 I, n° 149, p. 97.

367 L'article 151 de la Constitution de 1971 disposait que :

« Le président de la République conclut les traités et les communique à l'Assemblée du peuple accompagnés d'un exposé adéquat. Ils auront force de loi après leur conclusion, leur ratification et leur publication, conformément aux conditions en vigueur.

Cependant, les traités de paix, d'alliance, de commerce, de navigation et tous les traités qui entraînent une modification du territoire de l'État ou ceux relatifs aux droits de souveraineté, ou ceux qui chargent le Trésor de l'État de quelque dépense non inscrite au budget, doivent recevoir l'approbation de l'Assemblée du peuple ».

368 Article II de la Constitution américaine :

"The President shall have Power, by and with the Advice and Consent of the Senate, to make Treaties, provided two thirds of the Senators present concur".

369 Alexander HAMILTON (1755-1804) est l'un des Pères Fondateurs des États-Unis et un interprète reconnu de la Constitution américaine. Il était le premier Secrétaire du Trésor dans l'histoire américaine sous le mandat de

… / …

> « Les qualités indispensables à l'administration des négociations internationales pointent à l'Exécutif comme le pouvoir le mieux placé à remplir cet exercice ; alors que […] le fonctionnement des traités, en tant que lois, plaide fortement pour la participation de l'ensemble ou d'une partie du corps législatif dans leur élaboration »[370].

**117. La révision parlementaire du texte de la convention.** Une fois la compétence posée, la discussion des procédures de ratification est imposée. D'un côté, La France et l'Égypte partagent une pratique commune. Les chambres du Parlement compétentes ne votent pas sur les articles contenus dans une convention, leur pouvoir n'étant limité qu' « *à l'adoption, au rejet ou à l'ajournement* »[371] de l'ensemble du texte international. L'article 197 du règlement intérieur du Parlement égyptien dispose même explicitement que les députés n'ont pas le droit d'émettre des propositions pour modifier le texte de la convention. Cette limitation du pouvoir parlementaire représente un « *fossé démocratique* »[372] par rapport à l'élaboration des lois nationales, certains auteurs allant jusqu'à considérer que le peuple « *a perdu tacitement la souveraineté directe sur son droit* »[373], surtout en matière pénale où règne « *un droit de contrainte et de punition mis en œuvre par un nouvel imperium* »[374]. Nous ne sommes pas convaincus par ces observations, d'autant plus que l'exercice des relations internationales rappelle l'expertise traditionnellement partagée entre l'Exécutif et le Législatif, ce dernier gardant le droit de rejeter la convention s'il l'estime nécessaire. En outre, un éventuel contrôle de la validité substantielle de la convention internationale[375] peut tempérer ces critiques et cela par l'intervention du juge pénal dans la mise en vigueur du respect des principes constitutionnels nationaux.

**118.** Du côté des États-Unis, les remarques ci-dessus ne trouvent pas d'écho, puisque la règle XXX des règles permanentes du Sénat déclare qu'une convention internationale est susceptible

---

Georges Washington. Il a fondé le Parti Fédéraliste et il est l'un des auteurs de « *The Federalist Papers* », un recueil d'articles publié pour la promotion de la nouvelle constitution.

370 BRADLEY Curtis, « Unratified treaties, domestic politics and the US Constitution », *op. cit.*, p. 319-320.

371 Article 128 du règlement de l'Assemblée nationale et article 47 du règlement du Sénat. L'ancienne rédaction de l'article de l'Assemblée nationale contenait l'expression « il ne peut être présenté d'amendement ». Une résolution de 2003, modifiant le règlement en supprimant cette expression, a été déférée au Conseil constitutionnel. Dans sa décision, le Conseil précise bien que « cette suppression, comme l'absence, depuis l'origine, de toute référence aux amendements dans l'article 47 du règlement du Sénat, ne sauraient être interprétées comme accordant aux membres du Parlement compétence pour assortir de réserves, de conditions ou de déclarations interprétatives l'autorisation de ratifier un traité ». V. Cons. Const., 9 avril 2003, n° 2003-470 DC, *Recueil* p. 359.

372 EOCHE-DUVAL Christophe, *op. cit.*, p. 306. Pour L'auteur, les cas où l'application d'une loi pénale nationale est écartée par une norme internationale constituent un problème démocratique, dans le sens où la ratification n'était pas « l'expression de la volonté générale du peuple ».

373 *Ibid.* Pour un exposé des mêmes préoccupations en Égypte, V. les propos d'Ahmed Fathi SOROUR, président du Parlement égyptien de 2010 au journal Al-Ahram, dans lesquels il dénonce la terminologie occidentale des conventions internationales et il confirme que « la souveraineté nationale doit régner dans nos lois », *cité dans* ABDELKARIM Mustafa, *Al-quwa al-mulzima lelmo'ahadat al-dawliya amam alqadi aljina'i (La force de loi des conventions internationales devant le juge pénal)*, Dar Al-nahda al-arabiya, Le Caire, 2014, p. 118.

374 *Ibid. p.* 308.

375 V. *infra* n° 157 et s.

d'amendement « *sous la forme de réserve, de déclaration et d'interprétation* »[376][377]. Il s'agit dans ces cas-là d'une approbation conditionnelle qui s'impose au Président[378]. Ce dernier doit alors donner effet aux conditions sénatoriales avant de procéder à la ratification. S'il considère qu'un amendement modifie la substance d'une obligation internationale dans le traité, le Président doit transmettre celui-ci aux autres parties. En conséquence, un nouveau tour de négociations est entamé et il peut y avoir même un abandon de la convention[379].

### B. L'ÉTENDUE DU CONTRÔLE DU JUGE PÉNAL

**119.** L'un des objectifs de notre sujet est de mettre l'accent sur le rôle innovant du juge pénal dans l'application des conventions internationales. Ce travail d'innovation est très évident en matière de contrôle de la validité de la ratification, surtout lorsqu'on prend en compte le mutisme des textes constitutionnels comparés sur la question. Dans un premier temps, le juge a adopté une approche timide, s'assurant de l'existence matérielle de la ratification, peut être sous l'influence de la théorie des actes du gouvernement. Mais dans le temps, et avec la prolifération des conventions ratifiées, le juge s'est lui-même érigé en garant de la validité formelle, effectuant par là un contrôle des conditions constitutionnelles nécessaires à la force juridique de la convention. Cet exercice, fondé sur le texte constitutionnel en droit interne, trouve même une motivation en droit international incarné par la Convention de Vienne de 1969. Dans son article 46, ce traité consacre la violation manifeste d'une règle fondamentale de la compétence de conclusion des traités comme cause de nullité.

#### 1. Le contrôle élémentaire du juge américain

**120.** **Présentation.** Au regard de l'évolution dressée dans le paragraphe précédent, commençons l'analyse par les États-Unis, dont les juges n'ont pas dépassé le stade primaire du contrôle de l'existence matérielle de la ratification. À notre connaissance, la Cour suprême s'est prononcée explicitement sur l'exigence de ratification comme condition d'application des traités dans la seule décision *Haver v. Yaker*. Pour les individus, une convention ne peut être considérée

---

376 « The decisions thus made shall be reduced to the form of a resolution of ratification, with or without amendments, as the case may be, which shall be proposed on a subsequent day, unless, by unanimous consent, the Senate determine otherwise, at which stage no amendment to the treaty shall be received unless by unanimous consent; but the resolution of ratification when pending shall be open to amendment in the form of reservations, declarations, statements, or understandings ».

377 Ce droit a été consacré dans l'arrêt *Haver v. Yaker*, *op. cit.* : « Le Sénat n'est pas obligé de l'adopter et de la rejeter en bloc, mais peut la modifier ou l'amender, comme c'est le cas de la convention sous examen ».

378 MULHOLLAN Daniel (dir.), « Treaties and other international agreements: the role of the United States Senate », *Congressional Research Service (CRS)*, Report n° 106-71, Washington DC, January 2011, p. 124.

379 *Ibid.* p. 136.

« *comme loi du pays qu'à partir de sa ratification* »[380]. Dans d'autres affaires, l'exigence de ratification est déduite indirectement par les décisions confirmant que certaines conventions ont été « *dûment ratifiées* »[381]. Dans *Oyama v. State of California*, les Grands Sages ont invalidé certaines dispositions de la loi locale sur l'accès des étrangers à la propriété en se basant sur la Charte des Nations Unies, « *dûment ratifiée et adoptée par les États-Unis, une autre raison pour laquelle la loi de Californie doit être condamnée* »[382].

**121. Les arrêts répressifs de la Cour suprême fédérale.** En matière pénale spécifiquement, c'est le mandat en *certiorari* de l'affaire *Medellin v. Texas*[383] qui évoque le sujet indirectement, la question posée à la Cour suprême étant de savoir si « *les conventions internationales dûment ratifiées s'imposent aux tribunaux locaux* ». On peut également penser à l'opinion dissidente du juge Scalia dans le retentissant arrêt *Roper v. Simmons*[384]. Dans cette affaire, un adolescent de 17 ans avait été condamné à la peine de mort pour homicide volontaire avec préméditation dans l'État de Missouri. La Cour suprême avait alors décidé alors de revenir sur sa décision dans *Stanford v. Kentucky*[385] permettant la condamnation à mort des mineurs à partir de 16 ans. Dans leurs motifs, les juges de l'opinion majoritaire évoquent, comme argument secondaire, des dispositions internationales pour considérer que l'application de cette peine aux mineurs de moins de 18 ans constituait une peine cruelle et inhumaine. Le juge Scalia refuse catégoriquement la référence à l'article 37 de la convention internationale des droits de l'enfant non ratifiée par les États-Unis. Sur un ton sarcastique, il s'interrogeait sur le point de savoir si la Cour a ajouté à son arsenal la possibilité de ratifier les conventions internationales à la place des pouvoirs compétents[386]. Même si l'on peut se féliciter du résultat atteint dans cet arrêt, nous nous trouvons en accord avec l'opinion du juge dissident sur l'exigence de la ratification comme condition d'application d'une convention[387].

**122. Les arrêts répressifs des Cours fédérales inférieures.** Les cours fédérales, de leur côté, sont plus ouvertement expressives en la matière, confirmant à plusieurs reprises que la force de loi de la convention est conditionnée par l'acte de ratification[388], avant de trancher l'existence

---

380 *Haver v. Yaker*, 76 U.S. 32 (1869): « As the individual citizen, on whose rights of property it operates, has no means of knowing anything of it while before the Senate, it would be wrong in principle to hold him bound by it [the treaty], as the law of the land, until it was ratified and proclaimed».

381 *Bacardi Corp v. Domenech,* 311 U.S. 150 (1940).

382 *Oyama v. State of California*, 332 U.S. 633 (1948).

383 552 U.S. 491 (2008).

384 *Roper v. Simmons*, 543 US 551(2005).

385 492 U.S. 361 (1989).

386 *Ibid.* [Scalia, dissenting].

387 On peut avancer comme hypothèse que la référence à la convention non ratifiée avait pour objectif de vérifier l'existence d'une pratique internationale pouvant se qualifier de coutume.

388 *Avero Belguim Ins. v. American Airlines*, 423 F.3d 73 (2d Cir. 2005); *Ozaltin v. Ozaltin*, 708 F.3d 355 (2d Cir. 2013).

matérielle de ce dernier. Dans une affaire pénale[389], le gouvernement a remis en question la décision d'acquittement de l'ingénieur en chef du navire PACIFIC RUBY. L'ingénieur était poursuivi pour omission de mention, dans le registre des hydrocarbures, d'une décharge de pétrole supérieure aux normes, infraction pénalisée par l'article 1908 du Code fédéral annoté[390]. La Cour fédérale de première instance a employé une combinaison de deux articles de la convention des Nations Unies sur le droit de la mer pour absoudre l'ingénieur de la responsabilité pénale. La Cour d'appel a infirmé la décision, entre autres, par le motif que ladite convention n'a pas été ratifiée par les États-Unis. Par la même approche, une cour d'appel locale de la Californie a refusé la contestation de la peine de réclusion criminelle à perpétuité, sans possibilité de libération conditionnelle, pour la raison que « *la Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant n'a pas été ratifiée par les États-Unis et ne pourrait ainsi être exécutoire* »[391].

## 2. Un contrôle dynamique du juge français et du juge égyptien

**123.** Le contrôle limité de la validité formelle de la convention aux États-Unis est sans doute lié au fait que la constitution américaine n'opère pas une distinction entre différentes procédures pour les différentes catégories de conventions[392], comme c'est le cas en France ou en Égypte. Dans un premier temps, les juges dans ces deux derniers États se gardaient d'exercer ce contrôle de validité formelle. La Cour de cassation française est même allée jusqu'à proclamer « *qu'il n'appartient pas aux tribunaux de l'ordre judiciaire d'apprécier la régularité de la ratification d'une convention internationale* »[393], sans doute sous l'effet des radiations de la théorie de l'acte de gouvernement[394]. Cet argument est attesté par l'utilisation de la chambre criminelle de l'attendu selon lequel « *les conventions internationales sont des actes de haute administration* » à plusieurs

389 *United States v. Jho*, 534 F.3d 398 (5d Cir. 2008).

390 Pour la comparaison avec le droit français, V. l'arrêté du 23 novembre 1987 relatif à la sécurité des navires, surtout l'article 213-1.17.

391 *People v. Dyleski*, n° A115725, 2009 WL 1114077 (Cal. Ct. App. Apr. 27, 2009). V. également *State v. Carpenter*, 69 S.W.3d 568, 578—79 (Tenn. Crim. App. 2001) qui, pour examiner le moyen tiré de la règle *ne bis in idem* dans le Pacte internationale de 1966, exige que la convention internationale soit « proprement ratifiée ».

392 Louis HENKIN évoque une clause du premier article de la Constitution américaine pour établir cette distinction. Cette clause stipule qu'« aucune somme ne sera prélevée sur le Trésor, si ce n'est en vertu d'affectations de crédits stipulées par la loi ». Pour l'auteur, cela signifie que l'autorisation conjointe des deux chambres du Congrès est nécessaire pour « engager les finances de l'État ». SLOSS David (ed.), *The role of domestic courts in treaty enforcement: a comparative study*, *op. cit.*, p. 508. Même si nous trouvons cette distinction intéressante, elle n'a jamais été observée en pratique par les juridictions américaines et elle ne constitue pas —à notre sens- une composante de la validité formelle de la convention internationale aux États-Unis.

393 Cass. Civ., 1ère ch., 25 janvier 1977, n° 74-13437, *B. civil* I, n° 43, p. 32. En ce qui concerne le Conseil d'État, V. CE ass., 16 novembre 1956, *Villa*, *Lebon* p. 433 et surtout CE, 4 mars 1961, *André et Société des tissages Nicolas Caimant, Lebon*, 1961, p. 154 : « Il n'appartient pas au Conseil d'État statuant au contentieux d'apprécier la régularité de la procédure suivie pour la ratification de traités internationaux ».

394 Pour comparaison avec la doctrine américaine de la question politique, V. CHOPER Jesse, « The political question doctrine: suggested criteria », 54 *Duke Law Journal* 1457 (2005).

reprises[395]. Selon Frédéric Desportes, la chambre criminelle ne s'est jamais prononcée explicitement sur le contrôle de la ratification, « *il se déduit de certains de ses arrêts énonçant que tel traité a été régulièrement ratifié* »[396]. Dans un arrêt *Sobanski* de 1993, elle refuse d'appliquer la Charte du Tribunal militaire international de Tokyo « *qui n'a été ni ratifiée, ni publiée en France* »[397]. De même, un accord de coopération militaire technique avec le Togo n'est pas appliqué, « *faute d'avoir été ratifié* »[398]. L'arrêt Touvier précité[399] peut s'inscrire dans la même ligne, même s'il généralise le champ de la restriction et limite le contrôle de la validité autant formel que substantiel.

**124. La contrainte de l'acte de gouvernement.** L'ombre de l'acte de gouvernement, qui a protégé l'activité diplomatique de la France de l'exposition au contrôle judiciaire[400], planait également sur les différentes juridictions égyptiennes[401]. Il faut surtout se tourner vers les décisions constitutionnelles pour voir comment les conventions internationales ont intégré cette catégorie juridique. Le premier arrêt, datant de 1977, a posé un principe immunisant selon lequel les actes de l'Exécutif, motivés par des enjeux politiques comme l'administration des relations internationales, font partie des actes de gouvernement[402]. Par application de ce principe, la Cour a refusé en 1984 l'admission d'un pourvoi formulé contre une convention conclue dans le cadre de la Ligue des États Arabes[403].

**125. Une initiative extra pénale d'atténuation.** La vérification de l'existence matérielle de la ratification était donc l'apogée du contrôle judiciaire en la matière. Le premier président de la Cour de cassation française dénonçait cette « *passivité* » de la part des juges, les appelant à

---

395 Cass. Crim., 9 mai 1972, *B.* n° 159, p. 403 ; Cass. Crim., 1er décembre 1966, *B.* n° 275, p. 621. Même si ces deux arrêts concernent le domaine distinct de l'interprétation d'office des conventions internationales par le juge pénal, la terminologie des « actes de haute administration » est très parlante de cette contagion du domaine pénal par les théories du droit administratif. Pour des arrêts plus anciens utilisant la même expression, V. Cass. Crim., 18 juin 1851, *B.* n° 292, p. 453 ; Cass. Crim., 26 juillet 1867, *B.* n° 170, p. 282.

396 DESPORTES Frédéric, LAZERGES-COUSQUER Laurence, *op. cit.*, p. 72. Pour exemple, V. Cass. Crim., 7 janvier 1972, *Dalloz* 1972, p. 497, note RIDEAU.

397 Cass. Crim., 1er avril 1993, *B.* n° 143.

398 Cass. Crim., 19 juin 1990, n° 89-86689, Inédit, consulté sur : *legifrance.gouv.fr*.

399 V. *supra* n° 112.

400 LONG M. (dir), *les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, 18ème édition, 2013, p. 22 et s.

401 Il est important de noter que la théorie de l'acte de gouvernement en Égypte trouve sa source, non pas dans la jurisprudence comme c'est le cas en France, mais dans l'article 17 de la loi n° 46-1976 de l'autorité judiciaire. Cet article dispose que les tribunaux n'ont pas le droit de contrôler les actes du gouvernement, que ce soit directement ou indirectement. V. surtout CE (Egy), 3 décembre 1994, Req. n° 943, année judiciaire 40, consulté sur *eastlaws.com* : « les conventions internationales sont des actes de gouvernement ne pouvant faire l'objet de contrôle judiciaire ».

402 HC (Egy), 5 février 1977, Req. n° 22, année judiciaire 6, consulté sur *sccourt.gov.eg*.

403 HCC (Egy), 21 janvier 1984, Req. n° 48, année judiciaire 4, consulté sur *sccourt.gov.eg*.

« *couvrir les irrégularités, dont la mise en œuvre des traités est entourée* »[404]. C'était le Conseil d'État qui, tout d'abord, a répondu à l'invitation du président Bellet par une confirmation catégorique selon laquelle il appartient au juge administratif de se prononcer sur le bien-fondé d'un moyen soulevé devant lui et tiré de la méconnaissance des dispositions de l'article 53[405]. Celui-ci énumère les différentes catégories de conventions ne pouvant être ratifiées qu'en vertu d'une loi émanant du Parlement. En l'espèce, la société requérante sollicitait l'annulation du décret de publication d'une convention internationale avec la Suisse ayant engagé les finances de l'État, nécessitant ainsi une autorisation parlementaire préalable. Le Conseil a entamé un examen formel de la ratification et il a conclu à la régularité de celle-ci[406]. Deux ans plus tard, l'examen de l'affaire Dieng et autres conduisit les juges administratifs à annuler le décret de publication d'un accord avec le Sénégal et à poser le principe suivant : « *les traités relevant de l'article 53 de la Constitution et dont la ratification est intervenue sans avoir été autorisée par la loi, ne peuvent être regardés comme régulièrement ratifiés au sens de l'article 55 [de la Constitution]* »[407]. Par conséquent, une convention irrégulièrement ratifiée ne peut avoir une autorité supérieure à celle des lois et ne peut être un texte applicable par le juge, même si sa validité internationale reste intouchable.

**126.** La même convention franco-sénégalaise sur les effets de l'exequatur, objet de censure du Conseil d'État, a inspiré la Chambre civile de la Cour de cassation à se saisir du contrôle de la procédure de ratification[408] : la convention modifiant des dispositions législatives, elle nécessitait ainsi une intervention parlementaire avant la ratification. L'importance de cet arrêt dépasse le simple fait de consacrer l'office des juges de l'ordre judiciaire dans la vérification de la régularité de la ratification, offrant ainsi à la Chambre criminelle l'exemple à suivre. « *Il ne fait donc guère de doute que, si l'occasion se présentait, elle suivrait la voie tracée par la 1ère chambre civile* »[409]. Pour notre sujet, la décision du 29 mai 2001 possède également une importance méthodologique. Elle offre une preuve sur la porosité des frontières entre ordres judiciaire et administratif en matière d'application des conventions internationales et elle justifie ainsi notre appel récurrent aux décisions administratives pour combler les lacunes des juridictions pénales en la matière.

---

404 Cass. Civ., 25 janvier 1977, *JDI* 1977, p. 472-473, note RUZIE David. Le président BELLET ajoute que l'opération de ce contrôle « n'est pas aller à l'encontre de la séparation des pouvoirs, mais, au contraire, mieux en assurer le respect, si nécessaire au fonctionnement de nos institutions ».

405 CE, 18 décembre 1998, *SARL du parc d'activités de Blotzheim*, *Lebon*, p. 483.

406 *Ibid.*

407 CE, 23 février 2000, *M. Dieng et autres*, *Lebon*, p. 72. Cette démarche a été confirmée par le Conseil d'État dans un autre arrêt représentatif, même si elle n'aboutit pas à la censure de la décision inférieure ; CE, 9 juillet 2010, *Fédération nationale de la libre pensée et autres*, *AJDA* 2010, p. 1397. V. surtout l'analyse de CORRE Laurence, « Le contrôle de constitutionnalité des traités et accords internationaux : développements récents dans la jurisprudence du Conseil d'État », *Droit administratif*, n° 4, avril 2011, étude 7, 18 p.

408 Cass. Civ., 29 mai 2001, *B. civil* I, n° 149, p. 97.

409 DESPORTES Frédéric et LE GUNEHEC Francis, *Droit pénal général*, 15e éd., Economica, 2008, p. 194.

**127.** En Égypte, l'atténuation de la doctrine de l'acte de gouvernement en matière de conventions internationales est passée par plusieurs stades guidés par l'initiative judiciaire. La Haute Cour Constitutionnelle a opéré un revirement partiel en 1993, instituant une distinction entre les conventions dont le contenu est en rapport avec les actes du gouvernement et les autres conventions pouvant faire l'objet de contrôle constitutionnel. Ce revirement était sans doute inspiré par la culture internationaliste du Conseiller El-Mor[410]. Arrive ensuite la Chambre civile de la Cour de cassation qui a posé le principe qu'une convention régulièrement ratifiée par l'Égypte devient une « *loi interne* » susceptible de contrôle et elle nie explicitement sa qualification comme acte de gouvernement[411]. La chambre criminelle ne s'est toujours pas explicitement prononcée sur le sujet. Toutefois, le juge pénal de la Cour de sûreté de l'État a examiné le processus de ratification du Pacte international des droits économiques, sociaux et culturels pour vérifier l'existence de l'autorisation parlementaire requise par le texte de la Constitution pour ce type de traités[412].

**128. Les bonds du Conseil d'État égyptien.** L'approche la plus intéressante en la matière reste celle du Conseil d'État égyptien, surtout dans l'affaire de la convention de démarcation des frontières maritimes avec l'Arabie saoudite datant de 2017. Avant d'analyser cette décision qui est en rapport direct avec notre sujet, il faut comprendre que le Conseil d'État égyptien avait déjà tempéré la portée de la doctrine de l'acte de gouvernement en stipulant que cette dernière était une théorie souple et indirectement proportionnelle avec la liberté et la démocratie : « *le champ des actes de gouvernement s'élargit dans les régimes autoritaires et il est plus restreint à mesure que l'État s'élève dans les échelons de la démocratie* »[413].

Dans l'affaire qui nous intéresse, était remise en question la signature par le gouvernement d'une convention qui opère une démarcation des frontières maritimes avec les autorités saoudiennes. L'effet principal de cette convention était le transfert de la possession de deux îlots de la Mer Rouge à la souveraineté saoudienne. La Cour administrative de première instance avait trouvé dans cet accord international une cession masquée d'une partie du territoire égyptien, explicitement prohibée par la Constitution égyptienne dans l'article 151. En d'autres termes, l'Exécutif ne détient pas la compétence pour ratifier une convention dont le contenu résulte dans une cession territoriale. Un pourvoi en cassation a été formulé par le gouvernement contre cette décision devant la Haute Cour administrative, l'un des moyens avancés par ce dernier étant l'incompétence des instances administratives à contrôler les actes de gouvernement. Le Conseil d'État a refusé ce moyen et il s'est doté explicitement de la compétence de contrôle de la validité formelle des conventions internationales[414]. Sur le fond,

---

410 Pour une analyse de la culture juridique du Conseiller EL-MOR ayant influencé ses décisions, V. *supra* n° 56.

411 Cass. Civ. (Egy), 25 mai 1999, Req. n° 3617 et 3826, année judiciaire 67, consulté sur *cc.gov.eg*.

412 Cour de sûreté de l'État-Urgence (Egy), 16 avril 1987, Req. n° 4190, année 86, consulté sur : *eastlaws.com*.

413 CE (Egy), 21 avril 2013, Req. n° 13846, année judiciaire 59, consulté sur :*eastlaws.com.*

414 CE (Egy), 16 janvier 2017, Req. n° 74236, année judiciaire 62, consulté sur :*eastlaws.com.*

le Conseil a confirmé la décision de la Cour de première instance et il a invalidé la signature de la convention par le gouvernement égyptien. Le caractère révolutionnaire de cette décision datant de 2017 est sans équivoque.

**129. Les leçons pour le juge pénal.** « *Bien que la Chambre criminelle [française] n'ait jamais pris parti sur ce point* »[415], et bien que, à notre connaissance, aucun arrêt de son homologue égyptienne n'ait tranché la question, la validité de la ratification d'une convention internationale présente une importance primordiale pour le juge pénal. Il faudra analyser cette importance par le prisme des effets du contrôle de la validité formelle. Le non-respect de la procédure de ratification, même s'il n'influence guère la validité de la convention au niveau international, aura comme effet l'inapplicabilité de la convention au niveau national, et non le moindre. Le choix de la loi applicable est un souci que le juge pénal partage avec les juridictions civiles et administratives. La loi pénale étant toujours en relation avec les libertés individuelles, le juge doit s'assurer que cette loi a réuni toutes les conditions de validité formelle nécessaires à son application. À partir de ces préoccupations, nous invitons le juge pénal en France et en Égypte à suivre le modèle de la Chambre civile ainsi que de celui du Conseil d'État dans les deux États. Le juge pénal est donc invité à se saisir de la régularité de la ratification qui constitue, cumulativement avec la publication, les critères de la validité formelle d'une convention internationale.

415 DESPORTES Frédéric, LAZERGES-COUSQUER Laurence, *op. cit.*, p. 72.

## SECTION II.
## LA PUBLICATION, ACTE DE TRANSFORMATION DE LA CONVENTION EN SOURCE DE DROIT PÉNAL

**130.** Si la ratification apparaît comme une procédure à double public, affichant une volonté d'être lié à la convention au niveau international, et ouvrant la marche pour la validité de celle-ci devant le juge national, la publication s'adresse, de son côté, à l'ordre juridique interne exclusivement. De manière générale, la publication constitue une conséquence naturelle du principe selon lequel nul n'est censé ignorer la loi[416]. En droit pénal surtout, le respect du principe de légalité impose de porter à la connaissance des particuliers l'ensemble des infractions et des peines avant que celles-ci puissent être appliquées à leur encontre. En France, la circulaire du 30 mai 1997[417] relative à l'élaboration et à la conclusion des conventions internationales indique bien que cette procédure accomplit un double objectif. D'un côté, elle sert à rendre public le contenu du texte international ; de l'autre, elle introduit ses dispositions dans l'ordre juridique national.

**131. Absence en droit américain.** À titre liminaire, il est important de préciser que la publication des conventions internationales n'est pas exigée par la Constitution américaine, comme c'est le cas en France et en Égypte. Les Pères fondateurs ont choisi de ne pas reprendre la formule de la résolution du Congrès continental[418] selon laquelle seules les conventions « *constitutionnellement élaborées, ratifiées et publiées* » avaient la force de loi. Ainsi, la validité d'une convention et son application par le juge pénal, à partir de 1787, dépendent exclusivement de la ratification[419]. L'examen de l'ensemble de la jurisprudence en la matière a bien démontré que la Cour suprême ainsi que les tribunaux fédéraux, ne s'interrogent guère sur cette

---

416 V. en ce sens Cass. Com. (Egy), 8 mai 2012, Req. n° 2345, année judiciaire 75, consulté sur *cc.gov.eg* : « Il est prévu que les règles du droit interne, et non pas celles du droit international, déterminent les effets d'une convention pour le juge et les particuliers. Le droit des gens n'organise que les effets de la convention au niveau international. Si la nécessité oblige de rendre le texte opposable aux particuliers, l'État est tenu d'adopter les procédures requises pour lui donner cet effet. […] C'est pour cette raison que ratification et publication constituent les conditions exigées par la Constitution égyptienne ».

417 PREMIER MINISTRE, *Circulaire du 30 mai 1997 relative à l'élaboration et à la conclusion des conventions internationales*, JORF n° 0125, 31 mai 1997, p. 8415.

418 Il s'agit de la formation représentative des treize colonies britanniques ayant dirigé la guerre d'indépendance américaine. Le texte de cette résolution est rapporté par Carlos Vasquez ainsi: « on being constitutionally made [,] ratified and published [treaties] become in virtue of the confederation part of the law of the land and are not only independent of the will and power of [state] legislatures but also binding and obligatory on them »; 32 Journals of the Continental Congress 124-125, 177-84 (Mar. 21, 1787) (Roscoe R. Hill ed., 1936), *cité dans* VASQUEZ Carlos, « The four doctrines of self-executing treaties », 89 *Am. J. Int'l L.* 695, 698, note 17 (1995).

419 ABDELKARIM Mustafa, *op. cit.*, p. 128. Un échange avec le Professeur David Sloss de l'Université de Santa Clara en Californie, en date de 12 septembre 2017, a confirmé notre conclusion de l'absence de l'exigence de la publication en droit constitutionnel américain.

procédure, même au niveau de son existence matérielle. Cependant, pour des raisons purement pratiques, tous les accords internationaux auxquels adhèrent les États-Unis sont publiés par le bureau des traités du Ministère des Affaires Étrangères[420] ainsi que par d'autres éditeurs privés[421]. Le code fédéral des États-Unis attribue à ces publications la valeur de preuve d'existence des conventions internationales[422], donc preuve de loi mais nullement condition de validité.

**132.** Notre étude du contrôle de la publication par le juge pénal commence par une interrogation autour de la portée de cette procédure interne sur la force juridique du traité (§ 1). Est ensuite analysée la question de l'entrée en vigueur du texte international publié (§ 2).

## § 1. LA PORTÉE DE LA PUBLICATION

**133.** L'étude de la publication doit être liée au débat monisme-dualisme sur la relation entre droits international et interne. Est-ce qu'une convention devient applicable comme loi interne par sa propre force, ou est-ce qu'elle acquiert ce statut par sa transformation en règle interne par l'acte de publication ? L'importance de la réponse n'est pas purement théorique, puisqu'il s'agit de déterminer le moment à partir duquel la convention peut, potentiellement, produire des effets dans le système juridique national.

Il faut rappeler que les adeptes du monisme se rattachent à une conception de l'unicité des ordres juridiques. Ainsi, ils refusent de conditionner la force légale d'une convention internationale à l'accomplissement d'une procédure interne comme la publication. On a bien déterminé que cette conception offre une vision assez myopique de la réalité constitutionnelle et de l'application jurisprudentielle des conventions internationales.

**134.** Cette réalité implique de voir deux cours d'existence distincts d'un engagement international. Dès la ratification, celui-ci se matérialise dans la sphère internationale, l'État partie étant tenu de prendre les mesures nécessaires pour lui donner effet. En revanche, c'est l'acte de publication qui représente l'élément tranchant dans la validité interne d'une convention internationale[423] (A). La portée de la publication étant déterminée, il faudra s'interroger sur son champ (B). Plusieurs conventions internationales sont accompagnées d'annexes pouvant trouver application devant le juge pénal. Est-ce que la publication de ces dernières est nécessaire ? Ou est-ce que la portée de la publication de la convention se prolonge sur ses annexes ?

---

420 Pour les versions électroniques du registre des traités en force, V. le site officiel du *Department of State* : *state.gov*.

421 À titre d'exemple, la série de *Laws and treaties of the United States*, publiée par *Little and Brown*.

422 Article 113 du titre 1 du code (1 USC § 113).

423 Le Conseil d'État français considère que la date de ratification régit uniquement les effets d'un traité « dans l'ordre international et ne saurait être confondue avec l'entrée en vigueur dudit traité dans l'ordre interne, laquelle est subordonnée, conformément aux dispositions de l'article 55 de la Constitution, à sa publication » ; CE, *Fédération nationale des associations tutélaires*, 7 juillet 2000, *RGDIP*, 2001, p. 240.

### A. UNE PORTÉE AFFIRMÉE DANS LA JURISPRUDENCE COMPARÉE

**135.** La Haute Cour constitutionnelle égyptienne apporte une réponse de principe à notre interrogation, puisqu'elle déclare que « *la règle juridique doit réunir les conditions formelles exigées par la constitution pour son application* »[424]. Les conditions posées dans les textes comparés sont clairement la ratification et la publication, que ce soit pour que la convention acquière une « *autorité supérieure* » à celle des lois en France, ou la « *force de loi* » en droit égyptien. Il est important de noter que, sans ratification, la seule publication ne suffit pas pour avoir cet effet, la validité étant la résultante de leur « *effet conjugué* »[425]. L'approche des Cours de cassation dans les deux États confirme le principe posé ci-dessus, la Chambre criminelle française indique ainsi que « *selon l'article 55 de la Constitution, les traités et accords internationaux régulièrement ratifiés ou approuvés n'ont d'effet que s'ils ont été publiés* »[426]. Dans une affaire de traite d'enfants[427], son homologue égyptienne s'assure de la publication du Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant, avant de l'utiliser dans la clarification du contenu de la loi nationale. Les accusés avançaient l'intention d'adoption de l'enfant victime pour écarter la qualification de traite. La Cour s'inspire de l'engagement international pour discréditer ce mobile à l'apparence « *honorable* ».

**136.** La lecture des décisions de cassation dans les deux États illustre l'omniprésence de la date du décret de publication de la convention internationale, lorsque celle-ci est insufflée dans le procès. Cette habitude formelle des juges atteste la valeur de la publication comme condition de validité de la convention dans le système juridique national. Fort logiquement, l'absence de publication engendre l'inapplication du texte international. Dans l'affaire *Sobianki*[428], un pourvoi a été formé contre l'arrêt de la chambre d'accusation de la Cour d'appel de Paris, ayant décidé qu'il n'y a lieu de poursuivre l'accusé pour crimes contre l'humanité. Les parties civiles ont invoqué, entre autres, la Charte du tribunal militaire international de Tokyo pour qualifier les faits commis durant la guerre d'Indochine. La Chambre criminelle écarte l'application de ce texte au regard du fait qu'il n'a été ni ratifié ni publié en France.

**137.** Ainsi, lorsqu'il contrôle la publication d'une convention, le juge pénal cherche à déterminer si le texte international a acquis la « force de loi » pour qu'il puisse être utilisé comme source de

---

424 HCC (Egy), 14 janvier 2007, Req. n° 220, année judiciaire 26, consulté sur *sccourt.gov.eg*. Dans la même ligne, le Conseil d'État français considère que la publication a « pour effet d'introduire [le traité] dans l'ordre juridique interne français », CE, Ass., 13 juillet 1965, *Société Navigator*, *Lebon*, p. 423.

425 Cass. Crim., 6 novembre 1997, *B.* n° 379, p. 1274 : « Pacte international relatifs aux droits civils et politiques, introduit dans l'ordre juridique français par l'*effet conjugué* de la loi du 25 juin 1980, qui en a autorisé la ratification, et du décret du 29 janvier 1981, qui en a ordonné la publication ». V. également Cons. Const., 9 avril 1992, n° 92-308 DC, *Recueil* p. 55 : « […] introduits dans son ordre juridique en vertu de l'*effet conjugué* de lois qui en ont autorisé la ratification et de leur publication […] ».

426 Cass. Crim., 15 novembre 2005, *B.* n° 296, p. 1010. V. également Cass. Com., 8 mai 1963, *Bull.*, n° 231, p. 190 : « cette convention n'est devenue exécutoire et applicable par les tribunaux qu'à partir de sa publication ».

427 Cass. Crim. (Egy), 1er juillet 2010, Req. n° 11268, année judiciaire 79, consulté sur *cc.gov.eg*.

428 Cass. Crim., 1er avril 1993, *B.* n° 143, p. 351.

droit pénal. Si les autorités politiques n'ont pas respecté cette exigence procédurale[429], ce manquement dispense le juge pénal de vérifier les autres conditions d'application de la convention internationale, l'exemple classique de la recherche de l'effet direct devenant obsolète.

### B. L'INTERROGATION SUR LE CHAMP DE LA PUBLICATION : LA QUESTION DES ANNEXES

**138.** La publication est accomplie par l'intermédiaire du Journal Officiel[430]. Le texte intégral de l'engagement est reproduit avec les réserves qui y sont rattachés. Si la règle applicable aux faits puise généralement sa source dans le corps de la convention internationale, elle peut également être formulée dans les annexes jointes à ce texte. Ainsi se pose la question de savoir si ces annexes doivent faire l'objet d'une publication spécifique ou si la publication de la convention suffit pour les appliquer. La réponse du juge pénal à cette question, dans les systèmes français et égyptien, est loin d'être identique.

**139. Négligence de la publication des annexes en France.** Pour la pratique jurisprudentielle française, Bernadette Aubert[431] a répertorié trois arrêts datant respectivement de 1963[432], 1972[433] et 1973[434], concernant une annexe à la Convention de Chicago du 7 décembre 1944 relative à l'aviation civile internationale. Celui qui nous intéresse surtout est le deuxième. Il s'agit en l'espèce de trancher la légalité d'une perquisition, effectuée par les services des douanes, de bagages en transit échappant normalement à l'inspection douanière en vertu de l'annexe 9 de la convention précitée. La Chambre d'accusation de Paris avait donné effet à l'annexe en considérant qu'elle « *n'était pas détachable du traité* »[435] dûment publié et qu'il fallait que le gouvernement décide, formellement, de limiter sa ratification à la seule convention pour que l'annexe soit inapplicable. La Chambre criminelle censure la décision pour d'autres motifs, mais la lecture de l'arrêt laisse entendre qu'elle suit la Chambre d'accusation dans son raisonnement. L'adage célèbre se transforme alors en « *nul n'est censé ignorer les annexes, mêmes non publiées* », ce qui est fort critiquable au regard du principe de légalité[436].

---

429 Mactar KAMARA indique que nombre d'États d'Afrique francophone, par négligence ou par mauvaise foi, ne publient pas les conventions de droits de l'homme dans leur journal officiel ; KAMARA Mactar, *op. cit.*, p. 121.

430 CE, 30 octobre 1964, *Société Prosagor et as.*, *Lebon*, p. 496 et Cass. Com. (Egy), 8 mai 2012, *op. cit.*

431 AUBERT Bernadette, *op. cit.*, p. 66 et s.

432 Cass. Crim., 8 novembre 1963, *B.* n° 315.

433 Cass. Crim., 29 juin 1972, *B.* n° 226, p. 591.

434 Cass. Crim., 27 juin 1973, *B.* n° 305, p. 735.

435 CA Paris, Ch. accus., 8 juin 1971, *GP* 71, 2, p. 793, note Cosson, *cité dans* AUBERT Bernadette, *op. cit.*, p. 68, note 232.

436 Même les internationalistes placent cet arrêt dans les « solutions jurisprudentielles aléatoires » qui ne sont pas « satisfaisantes » ; CARREAU Dominique, MARELLA Fabrizio, *op. cit.*, p. 537.

**140. L'exigence de la publication des annexes en Égypte.** Pour sa part, la Cour de cassation égyptienne semble rattacher une grande importance à la spécifique publication des annexes conventionnelles, chaque fois que l'application de ces dernières est invoquée durant le procès.

En matière pénale, nous n'avons pas pu relever une quelconque décision où la question a été directement soulevée. Cependant, un arrêt de la Chambre criminelle[437], datant de 2003, nous offre des éléments pour pouvoir prétendre à éclaircir une certaine position du juge pénal. En l'espèce, l'accusé était poursuivi pour crime d'exportation de déchets dangereux prohibés par l'application conjuguée de la loi égyptienne de 1994 sur la protection de l'environnement et de la Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination. Pour motiver la condamnation, la Cour d'assises s'était référée à l'annexe de ladite convention qui énumère une liste des produits objet d'interdiction. La Chambre criminelle refuse cette motivation sur la base d'une différence du champ d'application entre convention et loi nationale. Néanmoins, la Chambre s'assure que, à titre préliminaire, les annexes ont été bien publiées dans le Journal Officiel avant d'atteindre cette conclusion. Elle évoque également la « *spécificité du droit pénal* » comme régime indépendant des autres branches du droit et l'indispensable respect des règles nationales, « *nonobstant les règles et principes du droit international qui s'adressent à la communauté internationale* »[438]. Si l'arrêt n'établit pas de causalité entre ce principe et l'exigence de publication des annexes, il ne nous semble pas que ce principe soit moins pertinent en la matière, surtout au regard de la précision et la complétude exigée pour l'application de la norme pénale.

De surcroît, notre conclusion sur la position du juge pénal est renforcée par l'analyse des arrêts d'autres formations de la Cour de cassation. Ainsi, la Chambre commerciale refuse à deux reprises[439] d'appliquer des annexes de l'accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale de commerce (OMC) et consacrant les résultats des négociations de l'Uruguay Round. Pour cette chambre, la publication des annexes ne constitue pas un droit pour le pouvoir exécutif, mais une condition indispensable pour que ces textes internationaux produisent leurs effets. La Chambre commerciale consolide enfin son raisonnement par une référence à la première décision de la Cour internationale de justice (CIJ) traitant de l'application de l'annexe d'une convention entre la Grèce et le Royaume Uni[440].

## § 2. L'ENTRÉE EN VIGUEUR DE LA CONVENTION INTERNATIONALE

**141.** La validité de la convention dans l'ordre constitutionnel interne est accomplie avec sa publication dans le Journal Officiel accompagnée des annexes qui la complètent. C'est bien à

437 Cass. Crim. (Egy), 19 octobre 2003, Req. n° 3487, année judiciaire 71, consulté sur : *cc.gov.eg*.

438 *Ibid.*

439 Cass. Com. (Egy), 8 mai 2012, *op. cit.* et Cass. Com. (Egy), 13 juin 2011, Req. n° 1896, année judiciaire 75, consulté sur : *cc.gov.eg*.

440 CIJ, *Affaire Ambatielos (compétence)*, 1er juillet 1952, *Recueil*, p. 40-44.

partir de ce moment qu'elle devient une loi applicable par le juge et invocable par la personne poursuivie pour sa défense.

**142.** *A priori*, la date de l'entrée en vigueur d'un traité est identique à celle de la loi et l'acte administratif : le lendemain de la publication en France et trente jours après la même date en Égypte. Cependant, l'examen des dispositions conventionnelles démontre bien l'existence de règles de forme régissant la date d'entrée en vigueur du texte international, traditionnellement un délai à compter à partir du dépôt de l'instrument de ratification. À titre d'exemple, nous pouvons citer l'article 39 de la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées[441] ou l'article 36 de la Convention de Budapest sur la cybercriminalité[442]. À ce propos, la question ne devient pas très difficile à deviner. Le juge faisant face à deux dates distinctes de « validité » de la convention, sera-t-il tenu de respecter la date de publication dans le journal officiel ou sera-t-il amené à honorer la date internationale d'entrée en vigueur ?

**143.** Jean-François Marchi tire du débat doctrinal classique sur la date pertinente pour l'application d'une convention internationale deux thèses distinctes : l'une prend en compte la date de la publication, exigeant la transposition de la date conventionnelle par un acte interne ; l'autre fait primer la disposition internationale, conférant ainsi à la convention une application rétroactive[443]. La pratique jurisprudentielle s'aligne parfaitement sur ces deux thèses doctrinales (A). Cette question doit être étudiée sous le prisme du droit pénal infléchissant la réponse en direction de ses principes directeurs. L'application de ce droit engendre des conséquences graves sur les droits des citoyens et leurs libertés. Ainsi, la détermination de la date à partir de laquelle il produit ses effets est un exercice indispensable et nécessaire.

Une fois la date de l'entrée en vigueur de la convention internationale déterminée, il sera intéressant d'étudier la question de la rétroactivité des lois pénales plus douces, surtout en droit égyptien (B).

---

441 « La présente Convention entrera en vigueur le trentième jour après la date du dépôt auprès du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies du vingtième instrument de ratification ou d'adhésion.

Pour tout État qui ratifiera la présente Convention ou y adhérera après le dépôt du vingtième instrument de ratification ou d'adhésion, la présente Convention entrera en vigueur le trentième jour après la date du dépôt par cet État de son instrument de ratification ou d'adhésion ».

442 « La présente Convention entrera en vigueur le premier jour du mois qui suit l'expiration d'une période de trois mois après la date à laquelle cinq États, incluant au moins trois États membres du Conseil de l'Europe, auront exprimé leur consentement à être liés par la Convention, conformément aux dispositions des paragraphes 1 et 2.

Pour tout État signataire qui exprimera ultérieurement son consentement à être lié par la Convention, celle-ci entrera en vigueur le premier jour du mois qui suit l'expiration d'une période de trois mois après la date de l'expression de son consentement à être lié par la Convention conformément aux dispositions des paragraphes 1 et 2 ».

443 MARCHI Jean-François, « Droit constitutionnel et droit international. La date pertinente pour l'entrée en vigueur, en France, d'une convention internationale », *RFDC* 2003/2, n° 54, p. 408.

### A. UN DÉBAT JURISPRUDENTIEL : LA CONCURRENCE DE DEUX DATES D'ENTRÉE EN VIGUEUR

**144.** L'analyse de la jurisprudence comparée —à notre disposition- montre la rareté des arrêts répressifs en la matière.

**145. La prise en compte de la date conventionnelle d'entrée en vigueur.** Dans l'ordre judiciaire français, plusieurs arrêts de la Cour de Cassation valorisent la date d'entrée en vigueur déterminée par la convention internationale[444]. Pour ne citer qu'un seul, on va s'intéresser au plus pertinent[445]. En l'espèce, le requérant, né au Vietnam d'une mère française et d'un père sujet français, a assigné le procureur de la République aux fins de faire juger qu'il était français. Deux ans avant sa requête, en 1955, la France et le Vietnam signent un accord qui confère aux personnes répondant à ce cas spécifique la nationalité vietnamienne. Le requérant soutenait que l'accord devait entrer en vigueur après sa publication au journal officiel en 1957. La Cour d'appel refuse ce raisonnement en faisant référence à l'article 22 du texte international qui lui donne effet dès sa signature, donc antérieurement à la requête. La Chambre civile confirme cette approche par une formule très claire :

> « Si l'article 55 de la Constitution subordonne l'application en France des conventions internationales à leur ratification et à leur publication, il reste que ces conventions, une fois publiées, doivent être appliquées dans toutes leurs dispositions, *y compris celles qui leur confèrent un caractère rétroactif* »[446].

**146.** La Cour de cassation française a valorisé la clause internationale de l'entrée en vigueur, donnant ainsi un effet à la convention à partir d'une date antérieure à celle de la publication interne. Par la même approche, son homologue égyptien a investi une clause internationale pour pousser les effets du protocole de La Haye modifiant la Convention de Varsovie sur le transport aérien international à une date postérieure à sa publication. Pour la chambre civile, le Protocole n'est applicable, selon son article 22, qu'à partir d'un délai de 90 jours après la réunion de trente ratifications[447]. Cet arrêt reste unique dans le sens qu'il propulse l'application de la convention au futur, au lieu de la projeter vers le passé.

**147. Chambre criminelle de la Cour de cassation française.** Dans ses rares arrêts relatifs à la question de l'entrée en vigueur, la formation criminelle de la Cour de cassation française semble s'aligner sur la position précédente. Ainsi, dans une affaire d'extradition, la Chambre criminelle a statué que la date pertinente pour l'entrée en vigueur de la Convention

---

444 *Ibid.*, p. 405, note 10. Il est important de noter qu'un seul arrêt de cassation, allant dans le sens de la date de publication, a été retenu. La Chambre commerciale avait jugé que la Cour inférieure a violé la Constitution « en faisant ainsi produire effet à ladite Convention d'établissement, pour une période antérieure à sa publication, alors que cette convention n'est devenue exécutoire et applicable par les tribunaux qu'à partir de sa publication » ; Cass. Com., 8 mai 1963, *Bull.*, n° 231, p. 190.

445 Cass. Civ., 15 mai 1984, *Bull.*, p. 135 ; *JDI* 1985, p. 103, note CHAPPEZ.

446 *Ibid.*

447 Cass. Civ. (Egy), 27 avril 1967, Req. n° 362, année judiciaire 33, consulté sur *eastlaws.com*.

européenne d'extradition du 13 décembre 1957 est la date déterminée dans l'instrument international :

> « Attendu qu'aux termes de son article 29-3, la Convention européenne d'extradition est entrée en vigueur à l'égard de la France, quatre-vingt-dix jours après le dépôt de son instrument de ratification ;
>
> Attendu que la ratification par la France de la Convention a été autorisée par la loi n° 85-1478 du 31 décembre 1985 ; que l'instrument de ratification, contenant les réserves et déclarations prévues à l'article 26 de ladite Convention ayant été déposé le 10 février 1986, celle-ci est entrée en vigueur le 11 mai suivant. »[448]

**148.** La prise en compte de la norme conventionnelle relative à l'entrée en vigueur a également été attestée en ce qui concerne le statut du Tribunal de Nuremberg. Après que la Chambre criminelle s'assure que les dispositions du Statut « *ont été régulièrement intégrées à l'ordre juridique interne* », elle affirme qu' « *aux termes même de son article 7, cet Accord est entré en vigueur au jour de sa signature* »[449]. Cet arrêt étant relatif aux crimes contre l'humanité, son raisonnement dépend d'un régime répressif spécifique en droit français[450].

**149. L'apport du Conseil constitutionnel : l'exception des normes d'incrimination.** Le Conseil constitutionnel a été appelé, à l'initiative du Premier ministre, à examiner la conformité à la constitution d'une loi modifiant l'ordonnance du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France. L'article 10 de la loi est ainsi rédigée : « *les dispositions de l'article 5-2, du II de l'article 19, du II et du III de l'article 22 et du second alinéa de l'article 26 bis de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 précitée, dans leur rédaction résultant de la présente loi, seront applicables à dater de l'entrée en vigueur de la convention signée à Schengen le 19 juin 1990* ».

Certaines de ces dispositions incriminent et sanctionnent pénalement l'étranger non ressortissant d'un État membre de la Communauté économique européenne qui a pénétré ou séjourné sur le territoire métropolitain en violation des stipulations qu'il énumère de l'Accord de Schengen. Ainsi, « *le lien établi entre l'application de la législation interne et l'entrée en vigueur de la Convention […] apparaît logique dès lors que l'article 19-II […] fait directement référence à cette convention internationale* »[451]. L'article 139 fixe l'entrée en vigueur de la convention au premier jour du dixième mois qui suit le dépôt du dernier instrument de ratification.

Pour le Conseil constitutionnel, le respect du principe de légalité impose une compréhension précise de la date d'entrée en vigueur des normes d'incrimination de la convention internationale :

---

448 Cass. Crim., 6 octobre 1986, n° 269, p. 679. V. également, Cass. Crim., 5 novembre 1986, n° 325, p. 831.

449 Cass. Crim., 1er juin 1995, *B.* n° 202, p. 547.

450 V. *infra* n° 322 et s.

451 GENEVOIS Bruno, « L'entrée des étrangers en France : le rappel des exigences constitutionnelles », *RFDA* 1992, p. 185.

« Considérant que selon l'article 8 de la Déclaration de 1789, nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit ; qu'en raison de ce principe la référence faite par l'article 10 de la loi à la date d'entrée en vigueur de la convention signée à Schengen le 19 juin 1990 doit s'entendre, non de son entrée en vigueur sur le plan international régie par l'article 139, paragraphe 2, de ladite convention, mais de la publication de cet engagement international au Journal officiel de la République française ; que toute autre interprétation serait contraire à la Constitution. »[452]

**150. Un choix éclairé par le rôle de la publication et le principe de légalité.** On a déjà évoqué le rôle de la publication comme un acte de transformation de la convention internationale en source de droit pénal. Il ne s'agit pas d'un simple acte qui porte le texte international à la connaissance de tous et qui le rend par conséquent opposable aux individus. Au regard des principes de légalité et de non-rétroactivité de la loi pénale, nous nous trouvons en accord complet avec la position du Conseil constitutionnel. Ainsi, le juge pénal en Égypte et en France doit prendre en compte la publication du traité dans le journal officiel pour déterminer sa date d'entrée en vigueur, nonobstant l'existence d'une disposition conventionnelle relative à cette question[453]. Pour les mêmes raisons, nous trouvons que cette règle doit s'appliquer à toutes les dispositions internationales trouvant application devant le juge pénal, et non simplement les normes d'incrimination. Toutefois, si la convention internationale contient une disposition qui pousse son entrée en vigueur au-delà de la date de publication, tel que les traités conditionnés par le dépôt d'un certain nombre d'instruments de ratification, le respect de cette date ne se heurte pas aux principes directeurs de droit pénal.

### B. LES CONSÉQUENCES POUR L'APPLICATION RÉTROACTIVE DE LA LOI PÉNALE LA PLUS DOUCE : LA PARTICULARITÉ ÉGYPTIENNE

**151.** Le principe de la non-rétroactivité de la loi pénale la plus sévère impose de prendre en compte la date de la publication de la convention internationale au journal officiel comme catalyseur de son entrée en vigueur en droit interne.

Toutefois, il faut noter qu'une loi pénale peut être exceptionnellement appliquée dans le passé, à des faits non encore définitivement jugés, quand ses dispositions sont plus douces. Cette question est organisée de manière différente en droit égyptien que dans le système français[454]. La rétroactivité in mitius a été consacrée par l'article 5 du Code pénal égyptien, avec une particularité faisant de la « *promulgation* » de la loi plus douce le point de départ de son application rétroactive. Ainsi, la Cour de cassation égyptienne a précisé à plusieurs reprises que ce n'est pas la date de la publication de la loi qui compte, mais celle de sa promulgation par le président de la République[455]. La doctrine égyptienne explique cette particularité par référence

---

452 Cons. Const., 25 février 1992, n° 92-307 DC, *Recueil* p. 48.

453 C'est ce que la doctrine pénaliste égyptienne semble privilégier. V. ABDELKARIM Mustafa, *op. cit.*, p. 126.

454 V. DESPORTES Frédéric, LE GUHENEC Francis, *op. cit.*, p. 281.

455 V. à titre d'exemple, Cass. Crim. (Egy), 17 avril 1962, Req. n° 1641, année judiciaire 31 ; 23 février 1989, Req. n° 1052, année judiciaire 58, consulté sur : *eastlaws.com*.

à la fonction de la publicité en droit interne[456]. Promulguée, la loi est exécutoire, publiée elle devient opposable. Ainsi, la personne poursuivie doit profiter de l'avantage d'une règle qui abroge l'infraction[457], ou l'un des ses éléments[458], ou qui réduit la durée de la peine, même avant que celle-ci ne soit publiée dans le journal officiel.

**152.** La question qui se pose est alors la suivante : est-ce qu'une convention internationale « plus douce » peut s'appliquer avant sa publication dans le journal officiel ? À notre sens, la distinction entre exécution et opposabilité ne s'applique pas aux conventions internationales de la même manière qu'elle est pertinente pour les lois internes. Dans le cas des traités, la publication est l'acte par lequel ils acquièrent la force juridique. Ainsi, pour qu'une convention internationale plus douce profite à la personne poursuivie, il ne suffit pas qu'elle soit ratifiée par l'État égyptien, mais il est nécessaire qu'elle soit, par ailleurs, publiée au Journal officiel[459]. À notre avis, la ratification de la convention internationale n'équivaut pas promulgation de la loi dans la balance de la rétroactivité in mitius. Cela est dû, une fois de plus, à la nature de l'acte de publication qui confère au traité la « force de loi ».

456 MUSTAFA Amin, *Qanun al-o'koubat al-qesm al-a'm (Droit pénal général)*, Manshurat Al-Halabi, 2010, Beyrouth, p. 67.

457 Cass. Crim. (Egy), 23 février 1989, *op. cit.*

458 Cass. Crim. (Egy), 17 avril 1962, *op. cit.*

459 Cette conception est exprimée par Bruno Genevois comme suit : « le législateur ne peut incriminer sur le plan pénal les manquements à cette Convention que dans la mesure où celle-ci sera non seulement entrée en vigueur, mais, en outre, opposable dans l'ordre juridique interne. Or, il n'y a pas nécessairement coïncidence entre ces deux facteurs ». GENEVOIS Bruno, *op. cit.*, p. 185.

## CONCLUSION DU CHAPITRE I

**153.** Les conditions de la validité formelle d'une convention internationale sont déterminées par les Constitutions comparées. La réunion de ces conditions transforme le traité en source de droit pénal applicable par le juge national. On évoque généralement les deux conditions de ratification et de publication. La première donne naissance à la convention dans les deux ordres international et interne, alors que la seconde transforme le traité en source de droit pénal.

**154.** Pour la ratification, l'analyse a démontré que le juge pénal en Égypte et en France, s'inspirant de ses collègues dans l'ordre judiciaire ou administratif, est tenu de dépasser la contrainte d'acte de haute administration et ses propres autolimitations pour s'approprier le contrôle de validité des conventions internationales. Ce contrôle est justifié par le texte de la Constitution qui établit une distinction entre les procédures de ratification selon la nature du traité en question. L'absence d'une distinction constitutionnelle aux États-Unis réduit l'importance de cette question outre-Atlantique. Le juge pénal américain reste rattaché à une simple vérification de l'existence matérielle de la procédure de ratification. Nous avons également sondé l'effet éventuel de la signature d'un traité, acte précédant la ratification et dont les conséquences ne sont pas prévues dans les Constitutions nationales. La jurisprudence pénale comparée refuse d'accorder une valeur à la signature, alors que le droit international pose une obligation d'abstention des actes qui privent le traité de son objet et de son but dès lors que ce dernier est signé. Une seule hypothèse pertinente a été posée. Un État signataire d'une convention qui garantit un droit pour les particuliers ne peut pas intervenir, après la signature, en criminalisant l'exercice de ce droit. Ce comportement serait contraire à l'article 18 de la Convention de Vienne sur le droit des traités.

**155.** Quant à la publication, il apparaît que cette condition est absente dans le système juridique américain, le traité devenant la « *loi suprême* » du moment de sa ratification. Si les juridictions pénales françaises et égyptiennes sont en accord sur la portée de cet acte qui confère force de loi aux conventions internationales, elles divergent sur son champ d'application. Le juge pénal égyptien exige la publication des annexes, alors que la jurisprudence française estime qu'une annexe n'est pas « *détachable du traité* ». À la lumière du rôle de la publication et du principe de légalité, trois conclusions ont été tirées. Premièrement, la publication des annexes est nécessaire pour les porter à la connaissance des citoyens. Deuxièmement, entre la date de publication dans le journal officiel et une disposition conventionnelle portant sur l'entrée en vigueur, il faut privilégier la première pour éviter une application rétroactive. Finalement, l'organisation spécifique de la rétroactivité *in mitius* en droit égyptien, déterminée pour la loi pénale à partir de sa date de promulgation, ne peut pas être appliquée aux conventions internationales.

**156.** Le contrôle de la validité formelle par le juge pénal est fondé par le texte de la Constitution qui pose des conditions spécifiques pour accorder aux traités une force juridique en droit interne. Se pose ainsi une question : est-ce que le juge pénal est autorisé à contrôler la conformité d'une convention au regard des dispositions substantielles de la Constitution ?

# CHAPITRE II.

## LA VALIDITÉ SUBSTANTIELLE, ENTRE NATURE ET TABOU

**157.** Le contrôle de la validité formelle de la convention est devenu un automatisme pour le juge pénal. S'assurer de l'existence et de la régularité de conditions comme la ratification et la publication, pourtant exigées par la Constitution, ne heurte plus la conscience des juristes, même ceux issus de la tradition de droit civil très bienveillante au rôle du juge et la spécialisation des juridictions. Mais quelle sera la réaction si le juge décide de contrôler la conformité de la convention aux dispositions de fond de la Constitution, notamment celles qui intéressent le domaine pénal ?[460] Sera-t-il fondé à aller si loin ?

**158. La conception du rôle du juge pénal.** À titre liminaire, il faut préciser que la réponse à ces questions met en scène des éléments d'histoire politique, de choix de modèle constitutionnel et des incidences de culture juridique et judiciaire pour les États comparés. Sont alors confrontés les modèles constitutionnels américain et européen ayant produit des conceptions différentes du rôle du juge pénal en matière de contrôle de la constitutionnalité des lois et des conventions internationales.

**159. La concentration du contrôle de validité substantielle.** En France, l'absolutisme royal a conduit à la sacralisation de la loi, « *expression de la volonté générale* » selon l'article 6 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Dans le même fil logique et par réaction à l'abus de pouvoir des parlements, les révolutionnaires interdisent aux tribunaux de prendre, directement ou indirectement, part à l'exercice du pouvoir législatif[461]. Par conséquent, c'est au législateur qu'appartiendra dans un premier temps la compétence d'examiner la conformité de la loi à la Constitution[462]. L'avènement des Cours constitutionnelles au XXe siècle déplace le curseur sur un juge exclusivement spécialisé en contentieux constitutionnel. Ce modèle européen est inspiré des idées de Hans Kelsen qui imagine « *un organe indépendant […] de toute autre autorité étatique qu'il faut charger de l'annulation des actes inconstitutionnels* »[463]. Il s'agit d'un contrôle *a priori* de la constitutionnalité des lois par l'initiative de représentants politiques déterminés. Il a été complété par un dispositif de contrôle *a posteriori* à l'occasion d'un litige concret, dont la question prioritaire de constitutionnalité française est l'une des illustrations.

---

460 Pour une réponse générale à la question, V. BOUCHET Marthe, *La validité substantielle de la norme pénale*, LGDJ, Bibliothèque des sciences criminelles, tome n° 66, 2018, 627 p.

461 Article 10 de la loi 16-24 août 1790.

462 FAVOREU Louis, « Modèle américain et modèle européen de justice constitutionnelle », *AIJC*, 1988, p. 54.

463 *Ibid.*, p. 58.

**160.** Le système judiciaire en Égypte hérite de la révérence de la Loi idéalisée et la vision d'un juge qui serait sa « *bouche* ». Cependant, « *l'organe indépendant* » ne se construit pas sur le modèle français du contrôle *a priori* de la constitutionnalité, sauf pour certaines lois désignées pour leur importance. Le modèle du contentieux constitutionnel égyptien est principalement représenté par un contrôle *a posteriori* par voie d'exception et il n'existe aucun moyen de saisir directement la Haute Cour constitutionnelle[464]. Il est déclenché par les individus durant le litige après vérification du critère du motif sérieux par le tribunal compétent. Le juge peut également renvoyer d'office la question constitutionnelle pour être examinée et aucune filtration n'est demandée à une Cour supérieure.

**161. La diffusion du contrôle de validité substantielle.** Cette conception européenne « *de la séparation des pouvoirs [est] très différente de celle qui va s'établir aux États-Unis à la même époque* »[465]. L'acte de naissance de la Nation américaine était une déclaration d'indépendance entre treize colonies unifiées contre l'ennemi commun mais autrement distinctes. Cette Union a été consacrée par la Constitution, mais les rédacteurs du texte suprême ont dû surmonter maintes difficultés pour arriver au juste équilibre entre un pouvoir fédéral qui ne soit pas illusoire et des États fédérés rattachés à leur autonomie politique et juridique. Le régime politique est présidentiel, ce qui neutralise forcément le rattachement à la Loi des régimes parlementaires et semi-parlementaires européens[466]. Institutionnellement, il existe une unité de l'ordre juridique et de l'appareil juridictionnel, ainsi :

> « Les tribunaux sont appelés à se prononcer sur tous les aspects d'un même litige, sans qu'il y ait lieu de distinguer entre les questions civiles, administratives ou constitutionnelles que soulève cette affaire : les tribunaux américains ont plénitude de juridiction »[467].

Cette unité juridique et juridictionnelle décentralise le contrôle constitutionnel en le diffusant entre les différents tribunaux étatiques et fédéraux qui pourront l'exercer en écartant l'application de la loi dès lors qu'existe un doute sur sa validité[468]. Ce dispositif fonctionne sous l'égide du pouvoir harmonisateur de la Cour suprême des États-Unis à laquelle revient exclusivement la compétence de prononcer l'invalidité absolue d'une loi inconstitutionnelle.

**162. Plan.** Il est évident que ces moments historiques ont produit des différences méthodologiques dans la machine de contrôle de la validité substantielle des conventions internationales. C'est pour ne pas déformer leur présentation que l'expérience du juge américain (Section I) est étudiée séparément de celle des juges en Égypte et en France (Section II).

---

464 L'article 29 de la loi de la Haute Cour Constitutionnelle du 29 août 1979 indique les modes de saisine.

465 FAVOREU Louis, « Modèle américain et modèle européen de justice constitutionnelle », *op. cit.*, p. 53.

466 *Ibid.*, p. 55.

467 *Ibid.*, p. 57.

468 « Selon le modèle américain, la décision du tribunal statuant sur une exception d'inconstitutionnalité ne peut avoir que des effets relatifs. En revanche, les décisions des Cours constitutionnelles ont effet *erga omnes* » ; *Ibid.*, p. 60.

**163. Intérêt.** On peut résumer l'apport de ce chapitre par deux prémisses, une hypothèse et une interrogation. Pour les prémisses : d'un côté, le droit pénal met en jeu liberté individuelle et droits fondamentaux ; de l'autre, le juge est tenu d'appliquer les règles pénales consacrées par les conventions internationales. Théoriquement, il n'est pas impossible qu'un traité portant atteinte à un droit fondamental se soit faufilé par le tamis constitutionnel. Dans ce cas précis, on s'interroge sur la compétence du juge pénal à l'égard de la validité substantielle de la norme internationale.

## SECTION I.
## UNE CONSÉCRATION NATURELLE POUR LE JUGE AMÉRICAIN

**164.** Bien que Montesquieu ne fût pas le pionnier de l'idée de la séparation des pouvoirs[469], il a été le premier à comprendre l'importance vitale d'une autorité judiciaire indépendante. Il a bien popularisé la trinité des pouvoirs de l'État, puis il a transposé la théorie de la séparation des pouvoirs dans la pratique des gouvernements[470].

**165.** Le juriste Blackstone a greffé les idées de Montesquieu dans la tradition de la *Common Law* avant leur passage dans le nouveau monde[471]. Il n'est pas étonnant de constater que la référence à l'auteur de L'esprit des Lois fut routinière pour les « *Pères fondateurs* » de la Nation américaine[472]. Alexander Hamilton, en particulier, a avidement lu Montesquieu et il a domestiqué ses idées pour s'en inspirer dans la rédaction de la Constitution. Pour Hamilton, le juge est le gardien de la séparation des pouvoirs. Il doit non seulement être indépendant, mais également avoir le pouvoir d'abroger les actes inconstitutionnels du Législateur pour protéger les droits fondamentaux, pouvoir qui ne figure nulle part chez Montesquieu[473]. C'est par cette méthode que « *le pouvoir arrête le pouvoir* » selon Hamilton.

**166.** Même si la culture juridique des Rédacteurs n'a pas été traduite par une habilitation expresse dans le texte de la Constitution de 1787, quelques années après la promulgation de celle-ci, la Cour suprême a consacré la compétence du *Judicial Review* : il appartient au juge américain de protéger les individus contre l'excès législatif (Paragraphe I). C'est cette conception de son rôle qui guide le juge lorsqu'il décide, par la même logique, de contrôler la validité substantielle des conventions internationales (Paragraphe II).

---

469 Aristote a compris la distinction entre légiférer et transposer. Il a articulé une séparation grossière entre les pouvoirs législatif et exécutif du gouvernement. La théorie de la séparation des pouvoirs était également articulée en Angleterre pendant la guerre civile et l'*interrègne*. À la suite de la restauration, la théorie s'est exprimée en une demande d'une « constitution équilibrée ». Un concept de séparation se retrouve également dans les écrits de John Locke, bien qu'il se rattache à la division aristotélicienne entre législatif et exécutif. V. BERGMAN Matthew, « Montesquieu's theory of government and the framing of the American Constitution », 18 *Pepp. L. Rev.* 1, 13-14 (1991).

470 *Ibid.*

471 *Ibid.*, p. 17.

472 *Ibid.*, p. 16 et s.

473 *Ibid.*, p. 35.

## § 1. LE JUGE PÉNAL GARDIEN DE LA CONSTITUTION FÉDÉRALE

**167.** « *Que la Constitution libre, l'œuvre de vos mains, soit sacrément maintenue* »[474]. Dans sa lettre d'adieu, George Washington adressa ses vœux à ses concitoyens, estimant que la perpétuité de leur union passe par la préservation de la Constitution. Le message du premier Président américain de l'histoire était très clair pour les juges de l'époque, s'imposant comme protecteurs de l'Union naissante par l'intermédiaire de son Acte unificateur. Une distribution délicate du *jus puniendi* entre Gouvernement et États fédérés fut ainsi d'importance primordiale (A). Une fois les piliers du fédéralisme posés et fortifiés, apparaît alors la sensibilité du juge aux besoins historiques de son temps. Le fédéralisme pénal se dilate et se contracte (B).

### A. LE JUGE PÉNAL ET LA RÉPARTITION DU *JUS PUNIENDI* NATIONAL

**168. Le fédéralisme comme produit de l'histoire.** La notion de fédéralisme est le fruit de l'histoire des États-Unis. Après la victoire des Anglais face aux Français et aux Espagnols dans la guerre des sept ans, la dette britannique a pesé fortement sur les caisses du Trésor. Le Parlement décide alors de faire payer la facture aux colons américains, méprisant ainsi le célèbre adage « *pas de taxation sans représentation [parlementaire]* ». En conséquence, treize colonies du nouveau monde se réunissent en Confédération pour solliciter leur indépendance de la Couronne britannique. Mais la lutte contre l'ennemi commun ne reflète pas une volonté de renforcer l'Union par le sacrifice de leur autonomie respective. Ainsi, le premier texte de nature constitutionnelle, les Articles de la Confédération, a conservé la souveraineté de chaque État, « *sa liberté et son indépendance et tous les pouvoirs, juridiction et droits, qui ne sont pas expressément dévolus aux États-Unis par l'assemblée de Confédération* »[475]. Le contrat social est fondé sur un solide accord d'amitié mutuelle « *pour assurer la défense commune, la préservation des libertés, le bien-être commun* »[476]. Si le texte élémentaire prévoit un Congrès continental pour exécuter ce contrat social, il n'imagine pas des instruments autonomes pour financer celui-ci dans l'accomplissement de sa mission, laissant la charge aux contributions des États selon leurs propres lois locales.

Il n'est pas très difficile de deviner que cette structure politique fragile engendre à l'époque une myriade de problèmes institutionnels et fonctionnels, surtout en matière de collecte de taxes et d'effort militaire[477]. Des voix importantes se sont élevées pour exiger le renforcement des compétences du gouvernement central, ce qui annonça la fin de l'état de singularité

---

474 AVLON John, *Washington's farewell: the Founding Father's warning to future generations*, Simon & Schuster, New York, 2017, p. 292.

475 Article 2.

476 Article 3.

477 HALABI Sam Foster, « The supremacy clause as structural safeguard of federalism: State judges and International Law in the post-Erie era », 23 *Duke J. Comp. & Int'l L.* 63, 64-65 (2012).

révolutionnaire et le début du Big Bang politique entre les « *fédéralistes* » et leurs opposants souverainistes[478].

**169.** Le processus de rédaction de la nouvelle Constitution a bien incarné cette confrontation. Le pouvoir appartient au peuple, et de ce pouvoir, « *le peuple a détaché une partie qu'il a attribuée au gouvernement fédéral* »[479]. Le pouvoir originel reste néanmoins avec les États fédérés et les individus. Par contraste avec les constitutions comparées qui se bornent à organiser cette distribution entre différentes autorités publiques, le texte américain établit explicitement les limites du pouvoir dans ses trois premiers articles[480]. En ce qui concerne le domaine de la loi, il énumère une liste exhaustive des compétences matérielles du Congrès qui partage le pouvoir législatif avec ses homologues locaux, avant de lui imposer des interdits qu'il ne pourrait ignorer, surtout en matière de respect des droits et libertés individuelles. Ainsi, le fédéralisme est synonyme d'équilibre.

**170. Le fédéralisme en matière pénale.** L'équilibre subtil du millefeuille fédéral est évident dans le domaine du droit pénal. Le 10e amendement pose le principe de la compétence originale des États fédérés, sauf délégation explicite au gouvernement fédéral[481]. Selon la *dual sovereignty doctrine*[482], il s'agit de deux souverains distincts. Ainsi, le *jus puniendi* est principalement une émanation du pouvoir local et il faudra chercher dans la Constitution les fondements d'un *jus puniendi* fédéral. À ce titre, le Congrès peut criminaliser la piraterie et les infractions commises en haute mer ainsi que la contrefaçon et la trahison, laissant ainsi une diversité majeure dans le choix local de politique criminelle et de biens juridiques à protéger. Cependant, le domaine de la loi pénale fédérale a été amplifié avec le temps pour s'intéresser aux infractions ayant des conséquences sur le commerce interétatique ainsi qu'à celles qui touchent aux institutions ou aux fonctionnaires fédéraux, entre autres.

**171. Le rôle de la Cour suprême fédérale.** L'hypertrophie du domaine fédéral a été principalement menée par un Congrès assoiffé de renforcer son pouvoir face aux États

---

478 Cette division marque toujours les deux plus grands partis politiques des États-Unis ayant évolué idéologiquement à partir de la même ligne de partage.

479 ZOLLER Elisabeth, « Étude comparative du contrôle de constitutionnalité des lois en France et aux États-Unis », *in* Université Panthéon-Assas, *Clés pour le siècle*, Dalloz, 2000, p. 330.

480 Le juge MARSHALL a forgé dans *Marbury v. Madison* une distinction entre deux types de constitutions. Si l'objet de toute constitution est d'organiser le gouvernement, il y a « celles qui s'arrêtent là, c'est-à-dire qui se bornent à organiser le pouvoir et à distribuer leurs compétences respectives aux différents organes, et celles qui établissent des limites que ces pouvoirs ne devront pas dépasser » ; *Ibid.*, p. 326.

481 « Les pouvoirs qui ne sont pas délégués aux États-Unis par la Constitution, ni refusés par elle aux États, sont conservés par les États respectivement ou par le peuple ».

482 La doctrine de double souveraineté est fondée sur une distinction, par le *Common Law*, des ordres juridiques lésés par un même acte. Cette violation justifie des poursuites indépendantes, sans que le principe *non bis in idem* n'y fasse obstacle. V. VAN ALSTYNE William, « Dual sovereignty, federalism and national criminal Law: modernist constitutional doctrine and the nonrole of the Supreme Court », 26 *American Criminal Law Review* 1737, 1746 (1989).

fédérés[483]. L'écosystème fédéral théorique nécessitait ainsi une institution pour le protéger. Le mutisme de la Constitution américaine a incité la Cour suprême à s'emparer du flambeau. L'intemporelle affaire *Marbury v. Madison* était le moment pour la Cour suprême d'asseoir son *judicial review* selon « *le principe […] consubstantiel à toute constitution écrite, […] qu'un acte législatif contraire à la constitution est nul* »[484]. Non seulement l'arrêt fait de la juridiction fédérale la première Cour constitutionnelle de l'histoire, mais il renforce également le principe de la séparation des pouvoirs et son raisonnement est fondé sur l'incompétence du Congrès au regard de la liste exhaustive posée par la Constitution[485]. Quelques années plus tard, un article de presse, diffamant le Président et le Congrès pour avoir payé deux millions de dollars à Napoléon Bonaparte, a représenté à la Cour une nouvelle occasion pour rappeler que « *le pouvoir du Gouvernement général [fédéral] est le fruit de concessions de plusieurs États. […] L'autorité législative de l'Union ne peut criminaliser un acte qu'en vertu d'un ou plusieurs des pouvoirs qui lui sont conférés* »[486].

**172.** Le fédéralisme pénal a bien représenté l'une des préoccupations de la Cour suprême durant la période constitutive de la Nation. Par la manipulation de ce principe, la Cour veillait sur l'équilibre politique. Il ne s'agit pas de retracer dans les lignes suivantes toute l'histoire judiciaire de la question, mais seulement d'encadrer un exemple représentatif. En 1880, l'État du Kansas interdit la production et le commerce de produits alcoolisés sauf pour des objectifs médicaux ou scientifiques. La loi fixait l'amende ou l'emprisonnement comme peine pour la violation de cette prohibition. Un fabricant local a été condamné en vertu de cette loi qu'il jugeait inconstitutionnelle en raison de l'incompétence du législateur du Kansas pour criminaliser de tels actes. La Cour suprême ne partage pas son évaluation et elle valide sa

---

483 Pour plus de détails, V. MATHIOT André, « Le contrôle de la constitutionnalité des lois pénales et de procédure pénale par la Cour suprême des États-Unis au XXe siècle », *RSC* 1985, p. 725-741.

484 *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

485 L'affaire a été déclenchée par la requête présentée à la Cour suprême par William MARBURY. Récemment nommé comme juge de paix, il sollicitait que la Cour ordonne au ministre compétent de délivrer les documents nécessaires à son affectation. Admettant l'injustice de la situation, la Cour refuse néanmoins d'adhérer à la requête. Elle considère que l'article 13 du *Judiciary Act* de 1789 (loi fédérale organisant le pouvoir judiciaire), fondement de la requête de MARBURY, est contraire à la Constitution fédérale puisque le Congrès ne pouvait élargir la compétence de la Cour au-delà du domaine attribué par l'article 3 de la Constitution. Une extension de la sorte nécessitait ainsi un amendement du texte fondamental, domaine réservé au pouvoir constituant des États fédérés.

486 *United States v. Hudson & Goodwin*, 11 U.S. (7 Cranch) 33 (1812). L'article de presse en question prétendait que cette somme a été payée à Bonaparte en contrepartie de son autorisation pour la conclusion d'une convention avec l'Espagne. V. également *United States v. Fox*, 95 U. S. 670 (1878) selon lequel un acte criminel commis entièrement dans les frontières d'un État fédéré ne peut être considéré comme une infraction contre les États-Unis, à moins qu'il n'ait un rapport quelconque avec l'exercice d'un pouvoir du Congrès ou avec un autre domaine relevant de la compétence de l'Union fédérale.

condamnation puisque la législation locale « *n'enfreint aucun des droits, des privilèges ou des immunités garantis par la Constitution des États-Unis* »[487].

### B. LE JUGE PÉNAL ET LE CALIBRAGE DU *JUS PUNIENDI* NATIONAL

**173. The Commerce Clause.** Tout le long du XIX[ème] siècle et au début du XX[ème], la Cour suprême a manœuvré habilement la balance du conflit entre gouvernement et États fédérés[488]. Cependant, les difficultés économiques de la Grande Dépression ont imposé une nouvelle donne, un *New Deal*. L'interventionnisme fédéral est nécessaire pour relancer l'économie américaine. La Cour s'est pliée face à la pression exercée par le Président Roosevelt[489], élargissant ainsi le domaine de la loi fédérale sur le fondement de la « *clause de commerce* »[490], la disposition permettant au Congrès de réguler le commerce interétatique[491]. De plus, la Cour a confirmé le droit du législateur fédéral de réglementer des activités locales même touchant indirectement au commerce interétatique[492].

**174. Les biens juridiques fédéraux protégés par la clause de commerce.** L'arrêt *Perez v. United States* constitue l'un des fruits de ce revirement jurisprudentiel[493]. Faisant face à la croissance des réseaux de *loan sharks*, les usuriers prêtant de l'argent à de taux excessifs, le législateur fédéral décide de criminaliser cette activité financière par le biais du titre II du Consumer Credit Protection Act de 1968. Condamné sur la base de ce texte, Perez conteste sa constitutionnalité devant la Cour suprême, surtout par rapport à la compétence du Congrès de punir cette activité. Avant de répondre à ce moyen, la Cour suprême expose les trois catégories de biens juridiques pouvant être protégés au regard de la clause de commerce[494]. L'intervention du Congrès peut, tout d'abord, être justifiée en cas d'utilisation des routes de commerce interétatiques ou étrangères pour des fins illicites comme le trafic des biens volés

---

487 *Mugler v. Kansas*, 123 U.S. 623 (1887). Un an plus tard, la Cour confirme que ce genre de prohibition locale n'empiète pas sur le pouvoir constitutionnel du Congrès de réguler le commerce interétatique ; V. *Kidd v. Pearson*, 128 U.S. 1 (1888).

488 Pour un exposé du rôle de la Cour durant cette période, V. BIGELOW Brandon, « The Commerce Clause and Criminal Law », 41 B.C.L. Rev. 913 (2000).

489 *Ibid.*, p. 918. Il s'agit surtout de l'arrêt *West Coast Hotel Co. v. Parrish*, 300 U.S. 379 (1937).

490 « [The Congress shall have Power] to regulate Commerce with foreign Nations, and among the several States, and with the Indian Tribes».

491 Il est important de noter que si le *New Deal* de Roosevelt constitue le marqueur historique de la nouvelle tendance de la Cour suprême, cette dernière avait auparavant validé plusieurs lois fédérales permettant au Congrès de criminaliser des actes relevant d'une myriade de domaines comme le proxénétisme (*Hoke v. United States*), le vol de véhicules (*Brooks v. United States*) et le transport des tickets de loterie (*Champion v. Ames*), quand ces actes dépassent les frontières d'un seul État.

492 *Wickard v. Filburn*, 317 U.S. 111 (1942).

493 L'un des premiers arrêts ayant appliqué le revirement au domaine pénal est *United States v. Darby*, 312 U.S. 100 (1941). À cette occasion, la Cour a validé la constitutionnalité d'une loi imposant des peines pour les commerçants qui ne respectent pas certaines règles de salaire minimal.

494 *Perez v. United States*, 402 U.S. 146 (1971).

ou l'enlèvement de personnes. En second lieu, la protection des instruments du commerce interétatique peut fonder une criminalisation fédérale comme dans le cas de destruction d'un avion ou d'autre moyen de transport interétatique. La troisième catégorie est plus générale et concerne « *les activités qui affectent le commerce* ». C'est de cette dernière que relève l'activité illégale des usuriers selon la Cour suprême, ce qui lui permet de retenir la validité de la loi fédérale. Le « *caractère purement intraétatique* » de cette activité ne l'empêche pas d'atteindre ce résultat dès lors qu'elle détaille son impact sur le commerce national et étranger[495]. Ce résultat est refusé par le juge Stewart qui, en dissidence, « *ne peut échapper à la conclusion que cette loi [fédérale] n'entre pas dans le domaine de compétence du Congrès* »[496].

**175. L'innovation du critère du « lien substantiel » avec le commerce interétatique.** Grâce au « *laisser-faire* » de la Cour suprême, l'horizon de la loi pénale fédérale s'élargit amplement[497], les restrictions sur le droit de punir du Congrès se limitant à celles présentées par le respect des droits fondamentaux. La stratification de la mille-feuille fédérale devient moins lisible[498].

C'est en 1995 que la tendance est renversée de nouveau, avec l'avènement de l'affaire *United States v. Lopez*[499] après les prémisses de *New York v. United States*[500]. Lopez avait apporté un revolver non chargé à son école au Texas. Il prétendait qu'il délivrait l'arme à feu à un tiers comme service en contrepartie d'une somme d'argent. Il est arrêté et accusé d'avoir violé la loi fédérale du *Gun-free school zones Act*[501] interdisant le port d'armes à feu « *dans un endroit où l'individu connaît, ou raisonnablement croit, qu'il est une zone scolaire* »[502]. L'affaire arrive au sommet judiciaire et la Cour suprême infirme la condamnation de Lopez. Pour parvenir à cette conclusion, la Cour reprend de nouveau les trois catégories de biens juridiques pouvant être protégés au regard de la clause de commerce, précédemment exposées dans Perez. Trouvant que le port d'un revolver dans une école ne pourrait être qualifié sous les deux premières, elle considère si cet acte peut légitimement être réglementé par le Congrès pour son lien substantiel avec le commerce interétatique. C'est le mot « *substantiel* » qui marque toute la différence avec les précédents de la Cour[503], laquelle avait autorisé l'intervention fédérale même dans des cas qui touchent « *indirectement* » au commerce interétatique. Même si elle

---

495 *Ibid.*

496 *Ibid.*, 157 [Stewart, dissenting].

497 VAN ALSTYNE William, *op. cit.*, p. 1750.

498 Le Professeur Robert Ahdieh raconte qu'on enseignait dans les universités américaines, fin 1994, que « le fédéralisme est mort » ; AHDIEH Robert, « Foreign affairs, International Law, and the new federalism: lessons from coordination », 73 *Missouri Law Review* 1185, 1190 (2008).

499 514 U.S. 549 (1995).

500 505 U.S. 144 (1992). Dans cet arrêt, la Cour suprême invalide une provision d'une loi fédérale concernant le traitement de déchets nucléaires parce qu'elle n'entre pas dans les compétences constitutionnelles du Congrès.

501 Loi sur les zones scolaires sans armes à feu.

502 18 U.S. Code § 922.

503 BIGELOW Brandon, *op. cit.*, p. 920.

remarque en obiter dictum que « *les États [fédérés] disposent du pouvoir primaire de définir et d'appliquer le droit pénal* »[504], la règle du précédent réside cependant dans le fait que l'incrimination dépasse la compétence du Congrès dans la régulation les activités économiques qui affectent substantiellement le commerce interétatique.

**176.** Néanmoins, les opinions dissidentes n'ont pas manqué, le juge Souter avertissant en vain contre une marche en arrière judiciaire[505]. De son côté, le juge Breyer a joué le jeu en essayant de trouver ce lien substantiel. Les armes à feu interfèrent avec la capacité des enseignants à éduquer les étudiants. Ces derniers représentent la main-d'œuvre future des États-Unis et leur apprentissage incomplet entrainera une baisse de productivité pour l'industrie[506]. Avec cette ligne de raisonnement, aucune activité ne peut échapper au domaine de la loi fédérale et c'est bien contre cette possibilité que la majorité de la Cour s'est révoltée.

**177. La restriction du droit fédéral de punir.** Le néo-fédéralisme[507] de Lopez est devenu tendance avec une série d'arrêts limitant le pouvoir législatif du Congrès[508]. En droit pénal surtout, la Cour suprême continuera son retour aux sources avec l'arrêt *Jones v. United States*[509]. Dans cette affaire, l'accusé a été condamné pour avoir jeté un cocktail Molotov sur la maison de son cousin en Indiana. La disposition appliquée provenait d'une loi fédérale incriminant la destruction ou la détérioration, par l'effet d'incendie ou de substance explosive, de tout bien utilisé dans le commerce interétatique ou dans une activité affectant ce dernier. Malgré la référence explicite au critère nécessaire à l'intervention fédérale et l'effort du gouvernement de prouver le nombre de services arrivant à la propriété en dehors des frontières de l'État, les moyens avancés n'ont pas emporté la conviction de la Cour suprême. Pour ne pas prononcer son inconstitutionnalité, les juges ont strictement interprété l'incrimination[510] pour exiger que la maison soit clairement employée dans le commerce interétatique.

---

504 Pour l'imposition de règles nationales concernant la peine de mort, V. NORBERG Naomi, « La peine de mort aux États-Unis : évolutions jurisprudentielles et sociales », *RSC*, 2008, p. 575-578.

505 *United States v. Lopez*, *op. cit.*, 606 [Souter, dissenting].

506 *Ibid.*, 618 [Breyer, dissenting].

507 Terminologie empruntée à WINER Anthony, « An escape route from the Medellin maze », *Selected Works of Anthony Winer*, William Mitchell College of Law, 2009, p. 39.

508 V. à titre d'exemple *Printz v. United States*, 521 U.S. 898 (1997), *City of Boerne v. Flores*, 521 U.S. 507 (1997) et *United States v. Morrison*, 529 U.S. 598 (2000).

509 *Jones v. United States*, 529 U.S. 848 (2000). Pour un exposé de la renaissance du fédéralisme en matière pénale dans la jurisprudence de la Cour suprême, V. BRADLEY Craig, « Federalism and the federal criminal Law », 55 *Hastings Law Journal* 573 (2004).

510 Selon une règle interprétative d'évitement, « quand une loi fédérale est raisonnablement susceptible de deux interprétations, par l'une elle serait clairement constitutionnelle et par l'autre sa validité serait en doute », il faut adopter la première interprétation ; *Carey v. South Dakota*, 250 U.S. 118 (1919).

**178.** On revient donc avec ce nouveau fédéralisme à la conception originelle d'un pouvoir qui dérive du peuple et qui ne peut être délégué qu'en partie aux autorités fédérales[511]. Le juge américain est garant de l'équilibre de cet édifice juridique et politique. Son rôle devient plus sensible avec la croissance du nombre des conventions internationales conclues par le pouvoir fédéral voulant imposer aux États fédérés différentes normes pénales.

## § 2. LE JUGE PÉNAL GARDIEN DE LA CONSTITUTION FÉDÉRALE EN MATIÈRE DE CONVENTIONS INTERNATIONALES

**179.** La préoccupation du juge américain avec l'équilibre fédéral devient également un leitmotiv lorsqu'il sera confronté à l'application des traités. Cette matière régalienne est traditionnellement réservée au pouvoir central dans l'administration des affaires étrangères au sujet de laquelle les États fédérés n'ont pas d'existence[512]. Son pouvoir de juger la validité substantielle d'une convention internationale ne pose de problème ni en théorie[513], ni en pratique : « *les cours de justice n'ont pas le droit d'annuler ou d'ignorer aucune de ses dispositions à moins qu'elles ne violent la Constitution des États-Unis* »[514]. C'est l'étendue de ce contrôle substantiel qui ne fait pas l'unanimité. S'imposent alors en doctrine deux points de vue concurrents[515]. D'un côté, un courant nommé « *fédéraliste* » appelle à la projection des limites constitutionnelles du pouvoir législatif sur les traités. De l'autre, le courant « *nationaliste* » milite pour la libération du champ de conclusion de ces instruments internationaux, même s'il admet le principe de la subordination de la convention à la Constitution. Dans tous les cas, le juge ne peut invalider la convention, celle-ci « *menant une double vie, de jour créature du droit international, […] de nuit une vie nationale* »[516], mais son infidélité constitutionnelle conduit à écarter son application sur les faits.

**180.** Le contrôle de la validité substantielle des conventions internationales est effectué dans le domaine du fédéralisme pénal lié à la compétence du Congrès (A), mais il est également exercé dans le but de protéger les droits fondamentaux (B).

---

511 Cela étant, certains auteurs refusent de voir dans cette nouvelle tendance « ni la révolution que les partisans des droits des États espéraient, ni le déluge que plusieurs nationalistes [Unionistes] craignaient » ; YOUNG Ernest, « The Rehnquist Court's two federalisms », 83 *Tex. L. Rev.* 1, 2 (2004).

512 C'est de cette manière que la Cour suprême s'est exprimée dans *United States v. Belmont*, 301 U.S. 324 (1937) :« In respect of all international negotiations and compacts, and in respect of our foreign relations generally, state lines disappear. As to such purposes, the State of New York does not exist ».

513 GALLAND Henri, *Le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois aux États-Unis*, Recueil Sirey, 1932, p. 21, note21 ; CEDRAS Jean, *Le droit pénal américain*, Presses Universitaires de France, coll. Que sais-je ?, 1997, p. 26.

514 *Doe v. Braden*, 57 U.S. 16 How. 635 635 (1853).

515 Pour un exposé du débat doctrinal sur le sujet lors de la rédaction de la Constitution, V. BRADLEY Curtis, « The treaty power and American federalism », 97 *Michigan Law Review* 390, 410-417 (1998).

516 HOLLIS Duncan, « Executive federalism: forging new federalist constraints on the treaty power », 79 *Southern California Law Review* 1327 (2006).

## A. L'ENJEU DE LA DOUBLE SOUVERAINETÉ PÉNALE

**181.** Les partisans d'une restriction du pouvoir conventionnel mettent en lumière un précédent de la Cour suprême pour fonder la limitation du champ du *Treaty Power*, la compétence de conclusion des conventions internationales[517]. Il s'agit de l'arrêt *New Orleans v. United States* dans lequel était mis en cause le traité de cession de la Louisiane par la France. La Cour a bien indiqué que le gouvernement des États-Unis possède des pouvoirs limités. Ainsi, seules peuvent être exercées les prérogatives qui lui ont été déléguées. Le Congrès ne peut, par la loi, élargir la compétence fédérale, non plus par la conclusion d'une convention internationale[518].

On ne peut que conclure à l'inopportunité de la référence à cette affaire. Si la Cour avait choisi de statuer autrement, la conséquence directe aurait été de conférer au gouvernement fédéral un pouvoir en Louisiane qu'il ne peut exercer dans aucun autre État. Il s'agit donc d'une hypothèse très spécifique ne devant pas être généralisée pour en déduire la position de la Cour suprême.

**182.** Mis à part ce précédent, la Cour a affirmé et réaffirmé à travers son histoire que les limites du fédéralisme ne s'appliquent pas aux conventions internationales[519]. Pour bien illustrer ce point de vue, nous nous permettons de citer *in extenso* l'un de ses arrêts :

> « La compétence conventionnelle, telle qu'exprimée dans la Constitution, est illimitée, sauf par les restrictions que l'on trouve dans cet instrument contre l'action du gouvernement ou de ses départements, ainsi que celles qui découlent de la nature du gouvernement lui-même et de celle des États. On ne peut prétendre que cette compétence s'étend jusqu'à autoriser ce que la Constitution interdit, ou [permettre] un changement dans la nature du gouvernement, ou dans celle de l'un des États, ou une cession d'une partie quelconque du territoire de ce dernier, sans son consentement »[520].

Sont donc posés dans cet arrêt un principe et ses limitations.

**183. La consécration du contrôle de validité substantielle dans la jurisprudence pénale de la Cour suprême.** *Missouri v. Holland* constitue l'arrêt de référence pour la question de la validité substantielle d'une convention internationale. En 1916, un traité a été signé entre le Royaume-Uni et les États-Unis concernant la protection des oiseaux migrateurs sur le territoire

---

517 *Ibid.*, p. 1346.

518 *New Orleans v. United States*, 35 U.S. 662 (1836). On a pu relever une référence à cet arrêt dans le *Brief of Amici Curiae* du Cato Institute pour l'affaire *Bond v. United States*. Pour d'autres précédents de la Cour Suprême allant dans le sens d'une limitation de la compétence conventionnelle, V. BRADLEY Curtis, « The treaty power and American federalism », *op. cit.*, 418-422 (1998).

519 BRADLEY Curtis, « The treaty power and American federalism », *op. cit.*, p. 420, note 170.

520 *Geofroy v. Riggs*, 133 U.S. 258 (1890). V. dans le même sens *Asakura v. City of Seattle*, 265 U.S. 332 (1924). De même, la Cour suprême a indiqué dans *United States v. Belmont* que les limites constitutionnelles de l'énumération des pouvoirs s'appliquent uniquement dans « les affaires internes ».

américain ainsi qu'au Canada[521]. La convention répertorie dans son premier article de nombreuses espèces bénéfiques à l'écosystème et traversant le continent nord-américain dans leurs migrations annuelles. Ces espèces étaient exposées à un risque d'extermination faute de protection adéquate. Le texte international prévoit ainsi des saisons d'interdiction de chasse, des actes à criminaliser[522] et il incite les deux puissances à prendre les mesures législatives nécessaires pour leur donner effet[523]. Pour satisfaire à cet engagement, le Congrès américain promulgue le *Migratory Bird Treaty Act* interdisant de tuer, capturer ou vendre un des oiseaux énumérés dans la convention sous peine d'un emprisonnement et d'une amende. Quand le procureur fédéral compétent menace de poursuivre les citoyens de l'État de Missouri ayant ignoré cette interdiction, l'État fédéré dépose une requête devant la Cour suprême pour demander l'invalidation de la loi fédérale, alléguant également un intérêt pécuniaire.

Première précision alors, c'est la loi fédérale qui est applicable dans cet arrêt, non pas la convention. Cependant, le texte international est remis en question par la Cour suprême parce que « *si la convention est valide, il ne peut y avoir de contestation sur la validité de la loi* »[524]. En outre, la convention est attirée dans la qualification de l'élément matériel puisqu'elle fournit la liste des espèces protégées à laquelle renvoie la loi fédérale. Selon la formule du juge Holmes, la question soulevée est celle de savoir « *si le traité et la loi sont nuls pour avoir interféré avec les droits réservés aux États [fédérés]* »[525]. La Cour admet, en principe, que les conventions internationales ne peuvent violer la Constitution, mais elle observe que celle en question n'enfreint aucun de ses « *mots prohibitifs* ». À ce stade, le contrôle de validité se focalise sur le partage de compétence entre législateurs fédéral et local, la convention pouvant être écartée par « *radiation invisible des termes généraux du 10ème amendement* ». La Cour trouve que la protection des oiseaux migratoires représente un intérêt national de première magnitude justifiant sa réglementation par action concertée avec une autre puissance[526]. En conséquence, la loi et la convention sont valides constitutionnellement.

**184.** En matière de conventions internationales, *Missouri* met de l'eau dans le vin du fédéralisme pénal américain. Même si elle est subordonnée à la Constitution, la compétence matérielle du

---

521 À cette époque, le Canada était un dominion de la Couronne britannique et ne pouvait légiférer ou conclure des conventions internationales indépendamment du Royaume-Uni. Sa souveraineté législative a été reconnue dans le statut de Westminster de 1931.

522 Article 6 de la convention.

523 Article 8 de la convention.

524 *Missouri v. Holland*, 252 U.S. 416 (1920). Le fondement constitutionnel de cette règle est la « *necessary and proper clause* ». Selon l'article I, le Congrès est autorisé à voter toute loi qui s'avère nécessaire et appropriée pour exercer ses pouvoirs délégués.

525 Pour certains commentateurs, la question principale de *Missouri* était surtout la validité de la convention internationale, la recherche de la constitutionnalité de la loi fédérale n'étant qu'une incidence ; GLENNON Michael & SLOANE Robert, « The sad, quiet death of *Missouri v. Holland* : how *Bond* hobbled the treaty power », 41 *The Yale Journal of International Law* 51, 62 (2016).

526 *Ibid.*

gouvernement fédéral « *doit être traitée différemment* »[527] quand la règle pénale provient d'un texte international. C'est pour cette raison que cet arrêt de référence est regardé comme une « *anomalie jurisprudentielle* » par certains auteurs, le trouvant inconsistant avec les principes fondamentaux de l'histoire et de la structure constitutionnelles américaines[528]. Nonobstant les objections, le syllogisme de Missouri a été réitéré par les cours inférieures. À titre d'exemple, la Cour d'appel fédérale du Deuxième Circuit[529], confrontée à l'application d'une loi fédérale criminalisant l'enlèvement[530], a dû rechercher la validité de la Convention internationale contre la prise d'otages de 1979 imposant l'obligation de punir cet acte[531]. La Cour a justifié son approche par la « connexion missourienne » selon laquelle la validité de la convention immunise la loi fédérale. Son analyse achevée, la Cour conclut que la convention ne viole pas les limites constitutionnelles[532].

**185. Le revirement de Bond.** L'héritage de Missouri est ainsi incarné par l'indispensable caractéristique de connexion entre convention et loi fédérale à chaque fois que la première est appelée en tant qu'élément nécessaire à la solution du cas. Cet héritage a été gaspillé dans *Bond v. United States*[533], l'affaire la plus récente à s'interroger sur cette connexion devant la Cour suprême. Les faits sont empruntés à une comédie noire. En 2006, Carol Anne Bond, microbiologiste de profession, découvre l'infidélité de son mari avec son amie Myrlinda Haynes, tombée enceinte depuis. Cherchant à se venger, Bond vole à son employeur des produits chimiques toxiques et elle en commande d'autres sur Internet. Sur une période de sept mois, l'accusée répand ces produits dans l'environ de la victime, à savoir sur sa voiture, sa boîte aux lettres et la porte de sa maison. Bond n'avait pas l'intention de tuer Haynes ; elle espère que son crime passionnel finira par engendrer une éruption cutanée « *inconfortable* » pour la victime. Excédée par le harcèlement, Haynes appelle la police locale après avoir trouvé de la poudre sur sa boîte aux lettres. La plainte arrive cependant devant les enquêteurs du Service fédéral de la Poste qui ont surveillé et filmé Bond en train de voler la correspondance de Haynes et de mettre des produits dans le pot d'échappement de sa voiture. Le détournement de correspondance étant une infraction fédérale, Bond a été poursuivie pour violation de la section 1708 du Code fédéral pénal. Étonnamment, les enquêteurs l'ont également poursuivie

527 *Ibid.*

528 ROSENKRANZ Nicholas Quinn, « *Bond v. United States*: can the President increase Congress's legislative power by entering into a treaty? », 8 *N.Y.U. J.L. & Liberty* 228, 247 (2013). V. également, BRADLEY Curtis, « The treaty power and American federalism », *op. cit.*, p. 424.

529 *United States v. Lue*, 134 F.3d 79 (2d Cir. 1998).

530 *Hostage Taking Act*.

531 V. surtout les deux articles 1 et 2.

532 La Cour d'appel du 11ème Circuit a reproduit, avec des conclusions identiques à sa consœur, le contrôle de validité de la même convention dans *United States v. Ferreira*, 275 F.3d 1020 (11th Cir. 2001).

533 134 S. Ct. 2077 (2014). Cet arrêt est à distinguer de celui prononcé dans la même affaire en 2011 et qui a consacré le droit des individus à former des moyens d'inconstitutionnalité fondés sur le dixième amendement de la Constitution, moyen auparavant réservé aux États fédérés. V. *Bond v. United States*, 564 U.S. 211 (2011).

pour détention et utilisation d'une « *arme chimique* », infraction codifiée à la section 229 (a) après la ratification de la Convention sur les armes chimiques[534] par les États-Unis en 1997. Pour le contexte, il est à noter que le premier paragraphe du préambule de la Convention annonce clairement son objectif « *de réaliser des progrès effectifs vers un désarmement général et complet […] et l'élimination de tous les types d'armes de destruction massive* ».

**186.** Avant d'analyser le revirement entrepris par la Cour suprême dans cette affaire, on s'intéressera à la continuité de la logique de Missouri devant la juridiction inférieure, la Cour fédérale d'appel. Outre la validité de la loi de transposition, la convention a été également invoquée dans l'affaire comme moyen pour clarifier la portée du texte national. Pour Bond, il faut analyser la section 229 du Code fédéral par le prisme de l'objectif de la convention internationale. Le juge pénal doit interpréter l'incrimination nationale de manière à ne pas inclure dans son champ un comportement dont l'exercice est inconcevable pour un État signataire, à savoir « *l'utilisation de produits chimiques pour empoisonner un adversaire romantique* »[535]. Après avoir rappelé la règle d'or de dépendance entre convention et loi fédérale, les juges de la Cour d'appel ont consacré une section complète de leur décision pour examiner la validité de la Convention sur les armes chimiques[536]. Après analyse, ils étaient « *confiants que la Convention en question reposait confortablement* » dans les limites constitutionnelles « *au regard de son caractère essentiellement international* ». Par la suite, ils ont confirmé la condamnation de Bond sur le fondement de la loi fédérale.

Malgré cette continuité jurisprudentielle, les opinions concurrentes[537] des juges de la Cour fédérale d'appel ont planté les germes de la rupture de Bond avec l'héritage de Missouri. Le juge Rendell, dans un premier temps, a dénoncé la futilité de la recherche de validité de la convention internationale, le problème de Bond résidant exclusivement dans la constitutionnalité de la loi fédérale, selon lui[538]. Dans un deuxième temps, le juge Ambro[539] pressa la Cour suprême de mieux clarifier la « connexion missourienne » pour éviter de donner au pouvoir fédéral un blanc-seing pénal.

**187.** Dans leur requête, les avocats de Bond demandaient à la Cour suprême de revenir sur son fameux précédent, ou du moins le limiter, puisqu'il autorise une usurpation de la compétence pénale traditionnelle des États fédérés. À défaut de cette intervention, le texte fédéral

---

534 Cette convention exige, dans son article 7, la promulgation d'une loi pénale adaptée aux obligations contractées par les États parties pour interdire « aux personnes physiques et morales se trouvant en quelque lieu de son territoire d'entreprendre quelque activité que ce soit qui est interdite à un État partie par la présente Convention ».

535 *United States v. Bond*, 681 F. 3d 149 (3d Cir. 2012).

536 *Ibid.*

537 Les *concurring opinions* sont les opinions individuelles des juges de siège qui acceptent le résultat atteint par le tribunal, mais qui fondent celui-ci sur des motifs distincts ou supplémentaires.

538 *United States v. Bond*, 681 F. 3d 149 (3d Cir. 2012) [Rendell, concurring].

539 *Ibid.* [Ambro, concurring].

d'application de la convention permettra de punir le fait d'avoir « *un détergent sous l'évier* ». La Cour a préféré employer une technique interprétative qui consiste à éviter de répondre à une question constitutionnelle en favorisant un autre motif pour résoudre le cas[540]. Pour les juges de la majorité, « *heureusement, nous n'avons pas besoin d'interpréter le champ d'application de la convention dans cette affaire. La loi fédérale doit être interprétée en conformité avec les principes de fédéralisme inhérent à notre structure constitutionnelle* »[541]. Par conséquent, Bond a été acquittée parce que l'incrimination de son comportement ne faisait pas partie de l'intention du Congrès, conscient des limites de son *jus puniendi*, lors de la promulgation de la loi fédérale.

**188.** Si des commentateurs se félicitaient de l'habileté de la Cour suprême à ne pas perturber le *statu quo* jurisprudentiel[542], son choix méthodologique dissociatif a implicitement prononcé « *la mort triste et silencieuse* »[543] de Missouri selon certains auteurs. Cependant, ce choix ne signifie pas que le principe même de contrôle de la validité substantielle des conventions internationales figure dans la même déclaration de décès, surtout lorsqu'une « *hypothèse appropriée* »[544] se présente devant le juge américain.

### B. L'ENJEU DES DROITS FONDAMENTAUX

**189.** Dans les arrêts précédents, le juge était principalement préoccupé avec des questions de fédéralisme pénal. La validité de la convention est analysée accessoirement comme étant l'origine de l'incrimination nationale et, par conséquent, un élément de son interprétation. Bond a créé un écran en recentrant la question de la validité sur la loi de transposition. Cependant, lorsqu'une convention viole les « *mots prohibitifs* » de la Constitution dans une « *hypothèse appropriée* », le juge est tenu d'écarter la convention entachée d'inconstitutionnalité.

**190. Le droit d'être accusé et jugé par un jury impartial.** L'affaire *Reid v. Covert*[545], datant de 1957, constitue l'une de ses hypothèses dans lesquelles le juge a dû chercher la conformité d'une convention internationale au regard d'autres préoccupations constitutionnelles que le fédéralisme pénal. Résidant sur une base américaine au Royaume-Uni, Mme Clarice Covert a

---

540 *Escambia County v. Mc-Millan*, 466 U. S. 48, 51 (1984).

541 Malgré cette dissociation au niveau de la validité, la convention internationale a été invoquée comme élément d'interprétation de la loi fédérale.

542 V. à titre d'exemple, BRADLEY Curtis, « Federalism, treaty implementation, and political process: *Bond v. United States*», 108 *Am. J. Int'l L.* 486 (2014); GALBRAITHJean, « Congress's treaty, implementing power in historical practice», 56 *William & Mary Law Review* 59, 73 (2014).

543 GLENNON Michael & SLOANE Robert, « The sad, quiet death of *Missouri v. Holland* : how *Bond* hobbled the treaty power », 41 *The Yale Journal of International Law* 51 (2016).

544 Le juge Clarence THOMAS, dans son opinion concurrente sous *Bond*, formule cette idée de la manière suivante : « Bien que les parties n'aient pas contesté la constitutionnalité du traité en cause ici, dans un cas approprié, je crois que la Cour devrait examiner la portée de la compétence conventionnelle telle qu'elle était initialement comprise. […] La préservation de ses limites est d'importance constitutionnelle fondamentale » ; *Bond v. United States*, *op. cit.* [Thomas, concurring].

545 *Reid v. Covert*, 354 U.S. 1 (1957).

tué son mari, un sous-officier de l'armée de l'air. Un tribunal militaire composé exclusivement d'officiers de l'armée, sans participation de jury, s'est saisi de l'affaire sur la base de l'article 2(11) du Code de justice militaire. Celui-ci permet d'étendre la compétence des juridictions militaires hors du territoire américain « *sous réserve des conventions ou accords auxquels les États-Unis sont parties* »[546]. Au moment de l'infraction, un accord international avec l'État hôte conférait aux juridictions militaires américaines une compétence exclusive pour juger les infractions commises par les membres des forces armées des États-Unis ainsi que les personnes à leur charge, en l'occurrence l'accusée. Par la suite, Covert a été condamnée à la réclusion criminelle à perpétuité pour le meurtre de son mari selon l'article 118 du code de justice militaire. Après un parcours judiciaire kafkaïen, l'affaire parvient à la Cour suprême fédérale[547]. La question complexe présentée devant les juges peut être ainsi résumée : est-ce qu'un texte international peut élargir la compétence *ratione personae* d'un tribunal militaire aux civils accompagnants les forces armées, ignorant ainsi les garanties procédurales fondamentales du 5ème et du 6ème amendement, à savoir le droit d'être accusé et jugé par un jury impartial ?

**191. Une élite politique opposée à l'application des traités en droit américain.** Il faut décrire le contexte politico-juridique de l'époque pour mieux comprendre les enjeux présentés devant la Cour suprême. Après la IIe guerre mondiale, la conclusion de plusieurs conventions multilatérales de droits de l'homme a semé la peur dans les esprits des défenseurs de la souveraineté et de l'exceptionnalisme américain. Plus effrayante que d'autres était la possibilité que ces conventions priment sur les lois locales de ségrégation et les autres lois discriminatoires[548]. Cette phobie atteint son apogée en 1953 avec la proposition d'amendement constitutionnel du sénateur Bricker. Ce dernier a voulu installer un nouveau verrou constitutionnel selon lequel aucun traité international ne peut avoir effet en droit américain sans l'intervention du Congrès par législation fédérale. Pour certains auteurs, cette proposition ratée de renouer avec la culture dualiste anglo-saxonne faisait partie des réactions engendrées par le séisme de Missouri[549].

---

546 À comparer avec l'article L.121-1 et *s.* du Code français de justice militaire. V. également la circulaire du 15 avril 2014 présentant les dispositions des lois n° 2011-1862 du 13 décembre 2011 et n° 2013-1168 du 18 décembre 2013 relatives aux affaires militaires : « Ces règles de compétence, rappelées également par l'article L. 121-1 du CJM, sont applicables sous réserve des engagements internationaux. En règle générale, les accords internationaux accordent une priorité à la France pour poursuivre les infractions commises par des militaires français. Cependant, un accord international régulièrement ratifié (par exemple, un *Status Of Forces Agreement/SOFA6*) peut limiter la compétence matérielle extraterritoriale de la juridiction française ».

547 Il est intéressant de noter que la Cour suprême a rendu un premier arrêt dans cette affaire en 1956. En première instance, les juges ont conclu à la constitutionnalité de la saisine du tribunal militaire. C'est subséquemment que la Cour accepte une *petition for rehearing* (requête de nouvel examen) selon l'article 44 de son règlement et c'est cette étape ultime qui nous intéresse.

548 GLENNON Michael & SLOANE Robert, *op. cit.*, p. 82.

549 *Ibid.*

**192. Le travail incisif de la Cour suprême dans Reid.** Au regard de ce contexte, la Cour suprême a pris le soin d'effectuer une distinction claire et nette entre *Missouri* et *Reid*. En 1920, la Cour était plutôt préoccupée par le 10ème amendement qui répartit la souveraineté pénale entre le législateur fédéral et les États fédérés, « *la convention en question n'était pas incompatible avec une disposition spécifique de la Constitution* »[550]. Cependant, l'accord international en question dans Reid est en violation possible des amendements garantissant le droit à un jury en phase d'accusation et celle de jugement. Ainsi, la Cour s'efforce de rappeler la hiérarchie des normes, « *les États-Unis sont entièrement une création de la Constitution* » et la Nation exerce ses compétences en conformité avec le texte fondateur. Les juges se tournent ensuite vers l'article VI pour analyser si la formulation de la clause qui qualifie les conventions internationales de « *loi suprême du pays* » permettait une dérogation à ce principe. La réponse est cependant ferme et décisive. Après avoir rappelé les précédents par lesquels la Cour a régulièrement reconnu la primauté de la Constitution sur les conventions, elle indique qu'il serait :

> « Manifestement contraire aux objectifs des fondateurs de la Constitution, ainsi qu'à ceux des responsables pour la Déclaration des droits, d'interpréter l'article VI comme permettant aux États-Unis d'exercer une compétence en vertu d'un accord international qui ignore les interdits constitutionnels ».

Pour la Cour, admettre une telle interprétation reviendrait à sanctionner une nouvelle méthode de modifier la Constitution, méthode non prévue dans le texte fondamental, par la seule volonté de l'Exécutif et du Sénat. La conclusion est ainsi évidente : la condamnation de Madame Covert est inconstitutionnelle, même en cas d'existence d'accords internationaux justifiant la compétence d'un tribunal militaire.

**193.** Le principe consacré par *Reid* est qu'une convention internationale ne peut servir de fondement pour mépriser les droits fondamentaux garantis par la Constitution, spécifiquement le droit d'être accusé et jugé par un jury impartial. Ce contrôle spécifique de la « *validité substantielle de la convention* » devient affaire courante pour les juridictions fédérales inférieures en matière d'extradition[551] et de coopération internationale[552], à titre d'exemple. Il est réaffirmé dans *Boos v. Barry* où la Cour suprême applique la logique de la primauté constitutionnelle dans une affaire de liberté d'expression. L'intérêt de protection de la dignité des diplomates étrangers, proclamé par la Convention de Vienne sur les relations consulaires, est confronté au Premier Amendement. La Cour, citant le *Restatement of Foreign Relations Law*, observe que :

---

550 *Reid v. Covert*, *op. cit.*

551 *Sahagian v. United States*, 864 F.2d 509 (7th Cir. 1988) : « Il est bien établi que le *Bill of Rights* limite […] le pouvoir de conclusion des conventions du gouvernement fédéral ».

552 *Pfeifer v. United States Bureau of Prison*, 615 F.2d 873 (9th Cir. 2015). Était remise en question la validité d'une convention d'exécution de condamnations pénales entre les États-Unis et le Mexique.

> « Les règles du droit international et les provisions des accords internationaux des États-Unis sont soumises au Bill of Rights (la déclaration des droits) et autres prohibitions, restrictions ou conditions de la Constitution et ne peuvent être appliquées en violation de celles-ci »[553].

Cet argument est avancé en dicta et ne constitue pas la règle du précédent, mais cette précision n'empêche pas une partie de la doctrine de prétendre que toutes les dispositions du *Bill of Rights* constituent des limites sur le pouvoir conventionnel[554].

553 *Boos v. Barry*, 485 U.S. 312 (1988).

554 HEALY Thomas, « Is *Missouri v. Holland* still good Law? Federalism and the treaty power », 98 *Columbia Law Review* 1726, 1732 (1998). Une hypothèse théorique a été avancée par Jack Goldklang durant une audience du Sénat américain après la ratification du Pacte international des droits civils et politiques. Il analysait un conflit potentiel entre les restrictions sur la liberté d'expression posées par l'article 20 de l'instrument international d'un côté et l'amendement premier de la Constitution américaine garantissant cette liberté. Pour Goldklang, la solution est évidente, « la Constitution prime toujours comme loi des États-Unis, mais nous serons en défaut d'exécution concernant nos obligations internationales » ; SLOSS David (dir.), *The role of domestic courts in treaty enforcement: a comparative study*, *op. cit.*, p. 508, note 14.

## SECTION II.
## UNE PROCLAMATION NÉCESSAIRE POUR LE JUGE PÉNAL ÉGYPTIEN ET FRANÇAIS

**194.** À titre liminaire, il est important de préciser qu'aucune décision pénale constatant explicitement la non-conformité d'une convention internationale aux droits fondamentaux garantis par la Constitution, tel l'exemple de *Reid v. Covert* devant la Cour suprême américaine, n'a été trouvée en France et en Égypte. Or, tous les cygnes ne sont pas blancs.

**195. Hypothèse.** Ainsi, cette section émet des hypothèses comme point de départ. Par l'examen de différents codes, il apparaît que les conventions internationales intègrent les règles pénales dans deux domaines distincts. Il s'agit, d'une part, des conventions instituant des règles procédurales, comme celle qui « *donnent compétence aux juridictions françaises pour connaître de l'infraction* »[555], qui élargissent la compétence territoriale[556] ou qui posent une immunité de juridiction[557]. D'autre part, le texte national peut déterminer des peines pour les infractions définies par une convention[558] ou du moins renvoyer à cette dernière pour compléter la définition de l'élément matériel[559]. Même le régime de l'exécution des peines peut faire l'objet d'une réglementation interétatique[560]. Est-il impossible que cette pléthore de sources

---

555 Article 689 et suivant du Code de procédure pénale. On peut citer, dans la même perspective, l'article L. 5243-3 du Code des transports qui fournit une habilitation pour les agents de douanes pour constater « les infractions à la convention internationale pour la sauvegarde de la vie humaine en mer, faite à Londres le 1er novembre 1974, pour ce qui concerne le transport des cargaisons et des marchandises dangereuses ».

556 Article 27 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer instituant une « juridiction pénale à bord d'un navire étranger » à titre d'exemple. V. également Cass. Crim., 26 juin 2013, *JurisData* n° 013158 : « dans la zone économique exclusive, la compétence des juridictions françaises découle uniquement des conventions internationales et s'exerce dans les limites de celles-ci ».

557 Les conventions de Vienne sur les relations diplomatiques et consulaires.

558 V. à titre d'exemple l'article L. 218-10 et suivants du Code de l'environnement français définissant des peines pour la violation d'environ douze règles de la Convention MARPOL. La même approche a été suivie par le législateur égyptien dans la loi égyptienne n° 4 de 1994 concernant l'environnement, surtout dans les articles 50 et suivants.

559 On peut citer l'article L. 218-219 du Code de l'environnement qui renvoie pour la définition de « l'accident de mer » à la convention de Bruxelles du 29 novembre 1969 sur l'intervention en haute mer en cas d'accident entraînant ou pouvant entraîner une pollution par les hydrocarbures. La loi égyptienne de l'environnement fait référence à la même convention dans l'article 59. De même, l'article L. 5123-6 du Code des transports renvoie aux notions de « propriétaire inscrit » et de « transporteur » telles qu'elles sont définies par les conventions concernées. En outre, l'article 232-26 du Code du sport criminalise la détention illégale des substances interdites par la Convention internationale contre le dopage dans le sport de 2005 dans son appendice I. La loi égyptienne n° 71 de 2017 sur le sport interdit, de sa part, l'usage de ces substances en faisant référence aux règles internationales proscrites par l'Agence mondiale antidopage.

560 V. les alinéas 9 et s. de l'article 11 de l'accord entre la France et les Émirats arabes unis relatif à la coopération en matière de défense de 2009.

internationales, applicable par le juge pénal, ne contienne aucune disposition contraire à la Constitution interne ?

**196.** Un exemple théorique d'incompatibilité constitutionnelle est avancé par rapport à l'accord de coopération en matière de défense entre la France et les Émirats Arabes Unis[561] qui serait contraire à l'article 66-1 de la Constitution[562]. Dans son article 11, l'accord laisse ouverte la possibilité de prononcer la peine de mort contre des ressortissants français par les juridictions émiriennes. Même si l'argument n'emporte pas notre conviction, il n'empêche qu'on a frôlé la non-conformité.

**197.** Des questions prioritaires de constitutionnalité ont été posées à la chambre criminelle concernant la Convention internationale sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures du 29 novembre 1969[563] ainsi que la Convention unique sur les stupéfiants du 30 mars 1961[564]. La réponse de la chambre était la même dans les deux cas : la question est jugée irrecevable parce que le Conseil constitutionnel ne peut être saisi d'une question portant sur la conformité à la Constitution d'une convention internationale.

**198.** Même avant l'introduction d'un contrôle *a posteriori* en 2008, la question du conflit entre la Constitution et une convention applicable par le juge constituait toujours un fruit défendu. « *Il n'appartient pas aux juridictions de l'ordre judiciaire de se prononcer sur la constitutionnalité des traités non plus que de la loi* »[565]. Plusieurs justifications se cachent derrière ce considérant classique (§ 1), tant normatives qu'institutionnelles. On tentera ainsi d'offrir au juge pénal les arguments destinés à dépasser ces obstacles (§ 2) pour qu'il réclame d'office le contrôle nécessaire de la validité substantielle des conventions internationales, selon des modalités précises.

## § 1. LE TABOU DU CONTRÔLE DE LA VALIDITÉ SUBSTANTIELLE DES CONVENTIONS INTERNATIONALES

**199.** En concrétisant une vision de ses rapports avec l'ordre international et de sa place dans le système national, le juge pénal développe un certain « *tabou* » dans la confrontation avec les traités, se déclarant incompétent pour examiner leur validité substantielle. Les principales motivations de l'interdit résident parfois dans le « *bagage* » conceptuel accompagnant les normes internationales (A), parfois dans un « *blocage* » institutionnel chez le juge lui-même (B).

---

561 Décret n° 2012-495 du 16 avril 2012 portant publication de l'accord entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement des Émirats arabes unis relatif à la coopération en matière de défense, *JORF* n° 0092, 18 avril 2012, p. 6980.

562 CHER-LEPARRAIN Marc, « Le coût prohibitif des ventes d'armes françaises dans le Golfe », *Orient XXI*, 17 juin 2014, consulté le 14 février 2018 sur : *orientxxi.info*.

563 Cass. Crim., 17 mai 2011, *B.* n° 98.

564 Cass. Crim., 4 mars 2014, n° 13-90.038, Inédit, consulté sur : *legifrance.gouv.fr*.

565 Arrêt *Touvier* précité.

## A. LE BAGAGE CONCEPTUEL : LA NATURE DE LA NORME INTERNATIONALE

**200. La doctrine internationaliste.** Une première justification du refus du juge pénal de contrôler la validité substantielle d'une convention est inhérente à la nature même de cette dernière[566]. George Scelle analyse la norme internationale comme l'émanation d'un ordre juridique de superposition à l'égard de l'ordre interne sous-jacent[567]. Selon le phénomène de sociabilité qu'il pose, la nouvelle société internationale produit de nouvelles règles interétatiques hiérarchiquement supérieures aux règles du droit interne mais incluses dans un même corps juridique. Par conséquent, « *une fois le traité ratifié et internationalement existant, ses signataires ne peuvent plus contester sa validité sous prétexte d'inconstitutionnalité* »[568]. La convention ne peut perdre sa force exécutoire que par la dénonciation, un acte de caractère international[569]. Nier la supériorité du droit international « *revient à nier son existence* »[570]. Le Professeur Scelle serait sans doute étonné s'il avait eu la chance de lire certains textes constitutionnels en la matière[571].

**201. La jurisprudence internationale.** Cette compréhension sociologique a été exprimée normativement par la Cour permanente de justice internationale dans son avis consultatif du 4 février 1932 concernant le traitement des nationaux polonais à Dantzig. Pour la Cour, « *un État ne saurait invoquer vis-à-vis d'un autre État sa propre Constitution pour se soustraire aux obligations que lui imposent le droit international ou les traités en vigueur* »[572]. Le principe a été codifié par la suite en 1969 à l'article 27 de la Convention de Vienne sur le droit des traités comme corollaire à la règle « *métajuridique* » *Pacta sunt servanda*[573] [574].

---

566 La Cour de cassation belge évoque la « nature même du droit international conventionnel » ; *état belge, ministre des affaires économiques c. SA Fromagerie franco suisse Le Ski*, 27 mai 1971, *Pasicrisie*, 1971, I, 886, cité dans LAGRANGE Evelyne, « L'efficacité des normes internationales concernant la situation des personnes privées dans les ordres juridiques internes », *RCADI* 2011, vol. 356, p. 373.

567 SCELLE George, *op. cit.*, p. 1016.

568 *Ibid*, p. 1012. SCELLE imagine cependant une forme d'inconstitutionnalité internationale en posant au sommet de la hiérarchie normative les « principes fermement établis du Droit international tels que ceux de la Déclaration des Droits » ; *Ibid.*, p. 1023.

569 *Ibid.*, p. 1020.

570 VIRALLY Michel, « Sur un pont aux ânes : les rapports entre droit international et droits internes », in *Mélanges offerts à Henri Rolin : problèmes de droit des gens*, Pedone, 1964, p. 497.

571 L'exemple de l'article 182 de la Constitution du Nicaragua qui affirme qu'une convention contraire à la charte fondamentale de la République « n'a pas de valeur » juridique.

572 CPJI, avis du 4 févr. 1932, *Traitement des prisonniers de guerre polonais à Dantzig*, Sér. A/B, n° 44.

573 Pour un traçage de l'invocation de ce principe par la justice internationale, V. POLI Philippe, *Les juridictions ordinaires françaises et le contrôle de la constitutionnalité des engagements internationaux*, Thèse, Université Paul Cézanne, Aix-en-Provence, 2011, p. 363-364. Pour son évolution historique, V. KOLB Robert, *La bonne foi en droit international public*, PUF, Publications IUHEI-Genève, 2000, p. 87 et s.

574 En français, on doit observer ce qui est convenu. COMBACAU Jean, *Le droit des traités*, Puf, coll. Que sais-je ?, 1991, p. 5. Sa définition mérite d'être cité : « principe métajuridique plus que règle de droit, axiome de base sans quoi aucun énoncé légal ne peut être pris au sérieux et qui impose aux sujets de droit de tenir pour du droit ce qu'ils ont dit être tel ».

**202. La jurisprudence nationale.** En droit interne, *Pacta sunt servanda* a été reconnue par le Conseil Constitutionnel en France en tant que règle du droit public international à laquelle se conforme la République française en vertu du quatorzième alinéa du préambule de la Constitution de 1946[575]. Sans l'incorporer au bloc de constitutionnalité[576], le Conseil indique que « *tout traité en vigueur lie les parties et doit être exécuté par elles de bonne foi* »[577], reprenant à la lettre la formulation de l'article 26 de la Convention sur le droit des traités. Par la même méthode, la Haute Cour constitutionnelle égyptienne rappelle ce principe de droit international avant de constater qu'il ne constitue pas une entrave pour la liberté d'expression et de critique sur le sujet de la Convention de paix avec Israël[578]. Pour les juridictions ordinaires, nous n'avons pu trouver que les conclusions du Commissaire du Gouvernement, rendues sur l'arrêt Arcelor, dans lesquelles il avance le respect de cette règle comme fondement de l'incompétence du juge pour contrôler la constitutionnalité des traités[579].

**203.** Il nous apparaît que les « *juridictions de l'ordre judiciaire* », généralisation faite par l'arrêt Touvier, ont également intériorisé ce traitement spécifique de la norme internationale, d'autant plus que la doctrine[580] et la justice internationale[581] ont largement contribué à cette intériorisation par la menace de la responsabilité internationale. Vu qu'un État ne peut « *s'abriter derrière sa constitution* »[582], un juge qui méconnaît les normes internationales sur le fondement d'une règle constitutionnelle engage la responsabilité de son État envers la communauté internationale[583]. Il n'est pas surprenant alors que la Cour d'appel de Rennes, saisie d'une affaire de soustraction d'enfant, a considéré que toute décision de justice définitive, qui viole les normes internationales portant sur l'intérêt de l'enfant, engage la responsabilité de l'État français et cela « *suivant une doctrine unanime* »[584].

---

575 Cons. Const., 9 avril 1992, *Traité de Maastricht*, n° 92-308 DC, *Recueil* p. 55. V. également l'affirmation du principe dans Cons. Const., 22 janvier 1999, *Traité portant Statut de la Cour pénal internationale*, n° 98-408 DC, *Recueil* p. 29.

576 POLI Philippe, *op. cit.*, p. 364.

577 Pour l'analyse des relations entre *Pact sunt servanda* et bonne foi, V. KOLB Robert, *op. cit.*, p. 93 et s.

578 HCC (Egy), 7 mai 1988, Req. n° 44, année judiciaire 7, consulté sur : *sccourt.gov.eg*.

579 Alors qu'était évoquée dans l'affaire la constitutionnalité d'une directive européenne, le commissaire a étendu l'analyse aux traités en général. CE, ass., 8 février 2007, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine*, *RFDA*, 2007, p. 384-401, concl. GUYOMAR. De sa part, Rémi KELLER, rapporteur public, observe que le Conseil d'État a dépassé cette objection depuis sa décision *Blotzheim* en 1998 ; CE, 9 juillet 2010, *Fédération nationale de la libre pensée et autres*, *RFDA* 2010, p. 980-994, concl. KELLER.

580 DAILLIER Patrick, FORTEAU Mathias, QUOC DINH Nguyen, Pellet Alain, *op. cit.*, p. 847 et s. ; CARREAU Dominique, MARELLA Fabrizio, *op. cit.*, p. 486 et s.

581 On peut citer à titre d'exemple les deux décisions de la Cour internationale de justice, *Avena* et *LeGrand*, dans lesquelles a été engagée la responsabilité des États-Unis pour méconnaissance de l'article 36 de la Convention de Vienne sur les relations consulaires.

582 CARREAU Dominique, MARELLA Fabrizio, *op. cit.*, p. 97.

583 *Ibid.*, p. 98.

584 CA Rennes, 3e Ch. des appels correctionnels, 22 avril 2009, n° 08/01235.

**204.** À partir des éléments précédents, on peut avancer que le juge pénal a intériorisé un tabou relatif à la question de la validité substantielle des conventions internationales. Pris en tant que « *juge ordinaire* » par contraste au « *juge constitutionnel* », un élément supplémentaire de l'explication de son attitude, relevant de la nature de la règle[585], peut s'analyser à l'égard de la théorie de l'acte de gouvernement[586]. Certes, cette théorie trouve naturellement application devant le juge administratif, mais l'immunité contentieuse des conventions internationales[587], consacrée par ce dernier[588], constitue une pierre dans l'édifice plus grand de l'approche des juridictions ordinaires à l'égard de la validité substantielle[589]. C'est par là qu'on peut comprendre l'utilisation par la Chambre criminelle de la Cour de cassation française de la terminologie des « *actes de haute administration* » pour désigner certaines conventions internationales[590].

Si l'approche normative n'est pas suffisamment décisive, le point de vue institutionnel pourra fournir plus de lumière.

### B. LE BLOCAGE INSTITUTIONNEL : LA PLACE DU JUGE PÉNAL DANS LES INSTITUTIONS[591]

**205.** Tel que l'on a observé dans l'introduction de ce chapitre[592], l'attitude du juge pénal à l'égard du contrôle de la validité substantielle des conventions internationales dépend intimement de

---

585 Appuyée sur cette théorie, la Haute Cour constitutionnelle a décidé en 1984 qu'elle était incompétente pour contrôler une convention internationale liée aux relations internationales de l'Égypte ; HCC (Egy), 21 janvier 1984, Req. n° 48, année judiciaire 4, consulté sur *sccourt.gov.eg*.

586 V. *supra*, n° 124.

587 CORRE Laurence, *op. cit.*, p. 3.

588 Selon Mattias GUYOMAR, Commissaire du Gouvernement, l'acte de gouvernement est avancé comme fondement pour justifier l'incompétence du Conseil d'État « pour contrôler, même indirectement, la constitutionnalité des traités *à raison de leur contenu* » ; CE, ass., 8 février 2007, *op. cit.* , concl. GUYOMAR. Pour ce qui est de la jurisprudence égyptienne, il faut se tourner vers la Cour de justice administrative qui a refusé de contrôler une convention avec Chypre considérée comme acte de gouvernement pour son lien avec les affaires étrangères de l'État ; CJA (Egy), 17 février 2015, Req. n° 2147, année judiciaire 67, consulté sur *eastlaws.com*.

589 Il est intéressant de remarquer que le souci de la responsabilité internationale de l'État est également partagé par les juridictions administratives. V. en ce sens, CE, 9 juillet 2010, *Fédération nationale de la libre pensée et autres*, *RFDA* 2010, p. 980-994, concl. KELLER : « Le contrôle du traité pourrait aboutir, en cas de censure, à remettre en question l'exécution de nos engagements internationaux et à mettre en jeu la responsabilité de la France dans l'ordre international ».

590 Cass. Crim., 9 mai 1972, *B.* n° 159, p. 403 ; Cass. Crim., 1er décembre 1966, *B.* n° 275, p. 621. Même si ces deux arrêts concernent le domaine distinct de l'interprétation d'office des conventions internationales par le juge pénal, la terminologie utilisée est très parlante de cette contagion du domaine pénal par les théories du droit administratif.

591 Cette formulation est empruntée aux conclusions de Mme Questiaux, Commissaire du Gouvernement, à l'occasion de l'arrêt du Conseil d'État *Syndicat général de fabricants de semoule de France*, *D.* 1968, p. 285, cité dans DINH Nguyen Quoc, « La jurisprudence française actuelle et le contrôle de la conformité des lois aux traités », *op. cit.*, p. 866.

592 V. *supra*, n° 158.

la conception de son rôle par le système juridique auquel il appartient. En d'autres mots, « telle culture, tel juge ».

**206.** Partant, une culture dans laquelle « *il y a une socialisation des magistrats à l'idée politique de leur soumission à la loi* »[593] refuse tout comportement de révolte contre l'expression de la volonté normative. Ainsi, c'est le principe de la séparation des pouvoirs qui veut que le juge refuse de contrôler les lois et les conventions internationales (1). Fort logiquement, une telle culture opte pour un contrôle de constitutionnalité concentré, marquée par l'existence d'un « *organe indépendant* » spécialisé. Le juge pénal estime alors qu'il n'est pas habilité à trancher le conflit entre Constitution et convention (2).

## 1. La séparation des pouvoirs : le juge pénal n'est pas « *un* » juge de constitutionnalité

**207.** « *La loi est l'expression de la volonté générale* ». Ce principe inscrit à l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen a été affirmé pour traduire la méfiance des révolutionnaires français à l'égard des excès des Parlements de l'Ancien Régime. Il n'est pas étonnant alors que la loi de 1790 sur l'organisation judiciaire commande explicitement aux tribunaux de ne « *prendre directement ou indirectement aucune part à l'exercice du pouvoir législatif, ni empêcher ou suspendre l'exécution des décrets du Corps-Législatif, sanctionnés par le Roi, à peine de forfaiture* ». Selon cette conception, les juges exercent une fonction mécanique de déduction « *en suivant fidèlement la volonté du législateur* »[594].

Ainsi, dans la culture juridique française, infusée dans le droit égyptien, il existe une « *réticence fondamentale vis-à-vis de toute forme de contrôle de la loi* »[595]. La chambre criminelle française l'a affirmé à plusieurs reprises, niant aux juges toute « *compétence pour apprécier la constitutionnalité des lois qu'ils sont chargés d'appliquer* »[596], parce que ce contrôle ne peut être exercé « *sans s'immiscer dans l'exercice du pouvoir législatif* »[597] ou « *mettre à mal la souveraineté* »[598] de ce dernier.

---

593 ROUSSEAU Dominique, Préface, *in* BONNET Julien, *Le juge ordinaire français et le contrôle de la constitutionnalité des lois : Analyse critique d'un refus*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2009, p. XII.

594 CHEVALLIER Jacques, *L'État de droit*, 3e éd., Montchrestien, coll. Clefs/Politique, 1999, p. 67.

595 DUTHEILLET DE LAMOTHE Olivier, « Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité », *in* DENOIX DE SAINT MARC Renaud, *juger l'administration, administrer la justice : mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle*, Dalloz, 2007, p. 315.

596 Cass. Crim., 2 octobre 2002, n° 01-87996, Inédit, consulté sur : legifrance.gouv.fr. Pour une confirmation plus récente, V. Cass. Crim., 28 septembre 2011, n° 10-87149, Inédit, consulté sur : legifrance.gouv.fr.

597 Cette compréhension de l'article 127 de l'ancien Code pénal apparait dans Trib. Corr. Bobigny, 22 novembre 1972, *GP*, 1972, p. 890 ; cité dans BONNET Julien, *op. cit.*, p. 49, note 127. L'auteur retrace l'origine de cette analyse (p. 49, note 125) aux premières années postrévolutionnaires dans un arrêt du Tribunal de cassation du 18 fructidor an V.

598 CA Aix-en-Provence, 3 novembre 1995, *JurisData* n° 046811.

**208.** Ces décisions reflètent un lien organique entre le refus de contrôler la loi et le principe de la séparation des pouvoirs. La chambre criminelle française a nettement dessiné les zones tampon en affirmant que ce genre de contrôle de conformité ne relève pas « *de la compétence du pouvoir judiciaire* »[599] dans son ensemble. Une cour inférieure se déclare incompétente pour apprécier la violation des articles 6 et 8 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789 « *en raison du principe de la séparation des pouvoirs affirmé par la loi des 16 et 24 août 1790* »[600]. Dans les mots de la jurisprudence égyptienne, « *tant que le texte législatif n'est pas amendé ou abrogé de la manière prescrite par le législateur, la Cour doit appliquer ses dispositions sans négligence ni omission* »[601], l'écarter revient à « *juger sa constitutionnalité* »[602].

**209.** À notre sens, c'est cette même conception de la séparation des pouvoirs qui empêche le juge pénal d'examiner la conformité des conventions internationales à la Constitution. Lire attentivement certaines décisions de la jurisprudence française permet de l'éclairer. « *Il n'appartient pas aux juridictions de l'ordre judiciaire de se prononcer sur la constitutionnalité des traités non plus que de la loi* ». Depuis les premières années de la Révolution française[603] jusqu'à l'affaire Touvier en 1990[604], la chambre criminelle de la Cour de cassation assimile conventions et lois dans son refus de les contrôler « *pour cause d'inconstitutionnalité* »[605]. Si la norme législative est immunisée, il est fort logique que la norme ayant « *une autorité supérieure à celle de la loi* » jouisse de la même immunité. Le juge pénal ne se trouve pas habilité pour évaluer l'activité normative conjointe du Législatif et de l'Exécutif, ou même l'activité unilatérale de ce dernier lorsqu'il agit internationalement. L'interdiction est plus mécanique pour le juge pénal égyptien, puisque la Constitution ne donne pas une autorité supra-législative aux conventions internationales, celles-ci jouissant de « *force de loi après leur publication* ».

**210.** De surcroît, il apparaît que l'ensemble des juridictions non-constitutionnelles partage le caractère de timidité à l'égard de la validité substantielle des traités. Le Conseil d'État français a

---

599 Cass. Crim., 19 février 1990, n° 89-81141, Inédit, consulté sur : *legifrance.gouv.fr* : « Que les juges n'avaient pas, non plus, fut-ce d'office, à rechercher si les articles L. 33 et L. 42 du Code des débits de boissons dont ils faisaient application à X..., étaient ou non conformes à la constitution, un tel contrôle des textes législatifs ne relevant pas de la compétence du pouvoir judiciaire ».

600 CA Douai, 9e ch. corr., 19 novembre 2004, *JurisData* n° 2004-274667.

601 CE (Egy), 13 juin 1982, Req. n° 1610, année judiciaire 26, consulté sur : *eastlaws.com*.

602 CE (Egy), 6 janvier 1994, Req. n° 1264, année judiciaire 35, consulté sur : *eastlaws.com*. Pour un arrêt de la Cour de cassation égyptienne allant dans le même sens, V. Cass. Civ. (Egy), 30 mars 2000, Req. n° 4, année judiciaire 69, consulté sur *cc.gov.eg* : « […] les tribunaux ne peuvent s'abstenir d'appliquer une disposition législative tant que son inconstitutionnalité n'a été déclarée ».

603 La décision du 18 Fructidor An V est cité dans COMMARET Dominique, « L'application de la Constitution par la Cour de cassation : la jurisprudence de la chambre criminelle », *Cahier du Conseil constitutionnel*, n° 22, juin 2007.

604 Cass. Crim., 27 février 1990, *B. crim.* 1990, n° 96 p. 251.

605 Cette formule a été utilisée par le juge pénal dans l'affaire *Paulin*. Il a ainsi considéré que la loi du 8 octobre 1830 sur les délits de presse « délibérée et promulguée dans les formes constitutionnelles prescrites par la Charte, fait la règle des tribunaux et ne peut être attaquée devant eux pour cause d'inconstitutionnalité » : Cass. Crim., 11 mai 1833, *S.* 1833.1.357, *cité dans* DUTHEILLET DE LAMOTHE Olivier, *op. cit.*, p. 316.

jugé à plusieurs reprises qu'il ne lui appartient pas « *de se prononcer sur le bien-fondé d'un engagement international* »[606] ou « *sur la conformité du traité ou de l'accord à la Constitution* »[607].

**211.** C'est ainsi une entrave fonctionnelle liée à la conception de son rôle qui motive le refus du juge d'effectuer un contrôle de validité substantielle, nonobstant la place dans la hiérarchie des normes de la règle dont la conformité à la Constitution est évoquée. Selon Paul Reuter, il existe une primauté du point de vue institutionnel sur le point de vue normatif abstrait : « *la hiérarchie des normes est une chose, la sanction de cette hiérarchie en est une autre, car elle fait intervenir le pouvoir* »[608]. La sanction de la hiérarchie nécessite une habilitation explicite permettant d'écarter la norme internationale contraire à la Constitution[609]. Vu que cet exercice stimule forcément le centre du contrôle de constitutionnalité dans l'esprit du juge, celui-ci considère qu'il « *n'est pas autorisé* »[610] à le faire « *en l'état actuel du droit public* »[611]. Mais, c'est peut-être la délégation faite par la Constitution à un « *organe indépendant* » qui est l'élément le plus déterminant.

## 2. La spécialisation des juridictions : le juge pénal n'est pas « *le* » juge de constitutionnalité

**212.** Selon l'article 54 de la Constitution française :

> « Si le Conseil constitutionnel […] a déclaré qu'un engagement international comporte une clause contraire à la Constitution, l'autorisation de ratifier ou d'approuver l'engagement international en cause ne peut intervenir qu'après la révision de la Constitution ».

Cette affirmation, conjuguée aux articles 61 et 61-1, consacre une certaine spécialisation en matière de validité substantielle des textes internationaux, même si l'exclusivité de ce rôle ne fait pas l'unanimité dans la doctrine[612].

---

606 CE, 8 juillet 2002, *Commune de Porta*, n° 239366, *Lebon* p. 260 ; *AJDA* 2002, p. 1005, chron. DONNAT et CASAS.

607 CE, 9 juillet 2010, *Fédération nationale de la libre pensée*, *AJDA* 2010, p. 1397.

608 REUTER Paul, *op. cit.*, p. 23. On est conscient que l'auteur analyse, par ces mots, l'attitude de la jurisprudence française à l'égard de la question de conflit entre convention internationale et loi nationale postérieure. Cependant, on trouve que son analyse peut être investie en la matière étudiée, surtout qu'elle cache derrière elle un aspect de culture juridique.

609 Ce même point de vue a été exprimé dans les conclusions de Mme Questiaux à l'occasion de l'affaire du *Syndicat général des fabricants de Semoule* devant le Conseil d'État : « Il [le juge administratif] ne peut ni censurer ni méconnaître une loi. […] la Constitution n'a pas jugé bon de définir d'une nouvelle manière les pouvoirs du juge ; la mission de celui-ci reste celle, subordonnée, d'appliquer la loi » ; REUTER Paul, *op. cit.*, p. 40.

610 CA Rennes, ch. corr., 13 octobre 1992, *JurisData* n° 049385 : « Le juge répressif, par ailleurs, *n'est pas autorisé en droit français* à vérifier la conformité à la Constitution de la loi qu'il a mission d'appliquer. Il ne peut en l'espèce, vérifier la constitutionnalité de l'article L. 18 du code de la route qui permet au préfet de suspendre le permis de conduire ».

611 CE, 6 novembre 1936, *Arrigui et Coudert*, *Sirey*, 1938, p. 33, note MESTRE ; cité dans BONNET Julien, *op.cit.*, p. 338, note 1639 : « Considérant qu'en l'état actuel du droit public, ce moyen n'est pas de nature à être discuté devant le Conseil d'État au contentieux ».

612 POLI Philippe, *op. cit.*, p.357 et s. Par rapport à l'exclusivité en matière de la constitutionnalité des lois, V. BONNET Julien, *op. cit.*, p. 133 et s.

**213.** Partant de l'assimilation entre loi et convention du point de vue institutionnel, il nous apparaît que le juge pénal s'est rangé du côté de la thèse de l'exclusivité de la compétence du Conseil constitutionnel. Ainsi, la Cour d'appel de Paris explique qu'« *il n'existe pas d'autre contrôle de la constitutionnalité des lois que celui organisé par la Constitution du 4 octobre 1958 (articles 56 et suivant)* »[613]. Plus clairement encore, la Cour d'appel de Chambéry a estimé que « *le principe de la légalité des peines qui s'impose aux juridictions n'oblige pas les juges à apprécier la constitutionnalité des lois* » pour la raison que « *seul le Conseil constitutionnel demeure compétent en ce domaine* »[614]. Cette compréhension induit une conséquence évidente : une convention internationale, qui s'oppose frontalement au principe constitutionnel de légalité à titre d'exemple, devra être appliquée par le juge pénal, puisqu'il ne lui appartient pas de faire autrement selon l'arrêt Touvier. La négation cache peut-être l'affirmation implicite « *de l'existence d'un organe spécialisé chargé de ce contrôle* »[615].

**214.** Cela étant, l'affirmation n'est guère implicite en droit égyptien. L'article 192 de la Constitution égyptienne de 2014 déclare que « *la Haute Cour constitutionnelle est seule habilitée à exercer un contrôle judiciaire sur la constitutionnalité des lois, des règlements et l'interprétation des textes législatifs* ». Cette déférence à la compétence exclusive en matière de constitutionnalité des lois a été réitérée dans plusieurs arrêts de la Cour de cassation[616]. Ainsi, une juridiction de fond, confrontée à une disposition législative potentiellement invalide, ne peut que surseoir à statuer et renvoyer la question constitutionnelle à la Haute Cour[617].

Malgré l'absence de référence dans l'article 192 ou dans ses versions plus anciennes, la Cour suprême a également étendu sa compétence aux conventions internationales, même si ce n'était que pour une seule affaire n'aboutissant pas à une déclaration d'inconstitutionnalité[618]. Georges Scelle n'approuverait pas le considérant selon lequel la Cour a estimé que la convention en question ne pouvait échapper au contrôle constitutionnel, un contrôle qu'elle a effectivement exercé sur la base du principe d'égalité devant la loi et du droit d'accès à un juge, avant de conclure à la conformité à la Constitution de la disposition conventionnelle[619].

---

613 CA Paris, 30 janvier 1986, *JurisData* n° 020090.

614 CA Chambéry, ch. corr., 26 février 1987, *JurisData* n° 49281.

615 CA Douai, ch. corr., 19 novembre 2004, *JurisData* n° 274667.

616 Cass. Crim. (Egy), 21 juin 1979, Req. n° 1058, année judiciaire 49 ; Cass. Civ. (Egy), 15 novembre 1993, Req. n° 80, année judiciaire 53, consultés sur *cc.gov.eg* et plus récemment, Cass. Civ. (Egy), 30 mars 2000, Req. n° 4, année judiciaire 69, consulté sur *cc.gov.eg*.

617 Cass. Civ. (Egy), 15 novembre 1993, Req. n° 80, année judiciaire 53, consulté sur *cc.gov.eg*.

618 HCC (Egy), 19 juin 1993, Req. n° 10, année judiciaire 14, consulté sur *sccourt.gov.eg*.

619 *Ibid.* Dans un autre arrêt, la Haute Cour a observé l'absence de contradiction entre une convention gréco-égyptienne et la Constitution, sans précision du principe visé ; HCC (Egy), 6 février 1993, Req. n° 57, année judiciaire 4, consulté sur *sccourt.gov.eg*.

Saisie plus récemment en sa qualité de tribunal des conflits[620], la juridiction suprême a fait référence au dernier alinéa de l'article 151, selon lequel aucun traité contraire aux dispositions de la Constitution ne peut être conclu, pour asseoir sa compétence d'une manière plus assertive. Une fois publiée, la convention internationale acquiert « *force de loi* » et son « *contrôle substantiel […] est confié à la Haute Cour constitutionnelle sans concurrence par une autre instance judiciaire* »[621].

**215.** « *On ne voit pas à quel titre le juge pénal s'érigerait en juge de la constitutionnalité des lois* »[622]. C'est dans ces termes que la Cour d'appel de Nîmes a résumé sa position par rapport au conflit entre Constitution et loi. Après la présentation des obstacles les plus décisifs, on pourra adapter l'interrogation de la Cour d'appel de Nîmes à notre sujet d'étude par la reformulation suivante : à quel titre le juge pénal s'érigerait en juge de la validité substantielle des conventions internationales ?

## § 2. BRISER LE TABOU

**216.** L'article 120 de la Constitution du Pays-Bas énonce expressément que « *le juge ne porte pas de jugement sur la constitutionnalité des lois et des traités* ». La lecture des constitutions égyptiennes et françaises n'inspire pas une interdiction catégorique semblable, c'est plutôt le juge lui-même qui a tissé le cocon. Ainsi, il s'agit de « *chemins battus* » desquels il faut sortir pour « *renouveler la réflexion sur ces questions* »[623]. Pour ce faire, il sera nécessaire de fonder l'exercice du contrôle de validité substantielle par le juge pénal (A) avant de délimiter ses modalités précises (B).

### A. LA RECHERCHE D'UN FONDEMENT DU CONTRÔLE DE LA VALIDITÉ SUBSTANTIELLE DES CONVENTIONS INTERNATIONALES

**217.** La position jurisprudentielle par rapport à la question du contrôle de la validité substantielle des conventions internationales peut être résumée par un considérant de la Cour d'appel de Paris : « *l'exception d'inconstitutionnalité devant l'ordre judiciaire ne repose sur aucun fondement juridique* »[624]. Il faudra répondre à ce défi en trouvant une justification solide pour permettre au juge pénal de réclamer ce contrôle nécessaire. Cette justification est à puiser dans la réalité juridique (1) et dans l'exigence de sécurité juridique (2).

---

620 Confié à une juridiction indépendante en France, le règlement des conflits de compétence et de décision entre les deux ordres judiciaire et administratif, en droit égyptien, est l'apanage de la Haute Cour constitutionnelle, selon l'article 25 de la loi n° 48 de 1979 instituant la Cour.

621 HCC (Egy), 3 mars 2018, Req. n° 12, année judiciaire 39, consulté sur *sccourt.gov.eg*.

622 CA Nîmes, ch. corr., 24 juin 2005, *JurisData* n° 288633.

623 Invitation faite par Denis Alland à la suite de l'arrêt *Sarran* ayant consacré la primauté de la Constitution sur les conventions internationales par le Conseil d'État. ALLAND Denis, « Consécration d'un paradoxe : primauté du droit interne sur le droit international », *RFDA*, 1998, p. 1097.

624 CA Paris, 30 janvier 1986, *JurisData* n° 020090.

## 1. Une réalité juridique

**218.** Une myriade de décisions judiciaires a posé le principe de la primauté de la constitution dans la hiérarchie des normes (a). D'ailleurs, le juge pénal a tiré les conséquences logiques de cette affirmation dans sa pratique décisionnelle (b).

### *a. L'affirmation de la primauté de la Constitution comme contrebalance à la nature spécifique de la norme internationale*

**219.** Malgré l'intériorisation du principe *Pacta sunt servanda*, les juges égyptiens et français n'ont pas adopté la version du monisme selon laquelle le droit international serait placé au sommet de la pyramide normative. C'est la facette de bonne foi en matière d'interprétation qui est plutôt retenue que celle de l'interdiction d'invocation du droit interne[625]. À plusieurs reprises, ils ont confirmé et réitéré la primauté de la Constitution nationale sur les instruments internationaux.

**220. Dans la jurisprudence égyptienne.** C'est l'ancêtre de la Haute Cour constitutionnelle égyptienne qui a ouvert le bal avec la validité des conventions internationales depuis 1975. En l'espèce, était remise en question la constitutionnalité d'une loi criminalisant certains actes liés à la pratique de la foi Baha'ei. Les prévenus avaient invoqué le principe de la liberté de religion consacré par la Déclaration universelle des droits de l'homme. La Cour écarta ce moyen en rappelant que « *les traités n'ont pas l'autorité des constitutions et leur rang ne dépasse pas celui de la loi* »[626] dans la hiérarchie des normes. La substance de cette première danse a été prolongée par la suite dans une multitude d'arrêts de la juridiction suprême, réitérant le même considérant dans certaines décisions[627], refusant de qualifier le conflit entre loi et convention comme question constitutionnelle dans d'autres cas[628].

**221.** À notre sens, l'affirmation jurisprudentielle récurrente a largement influencé les assemblées constituantes de la période postrévolutionnaire. Ainsi, la lecture de l'article 151 de la Constitution de 2014, comme l'article 145 de celle de 2012, reflète la suprématie constitutionnelle dans les termes suivants : « *dans tous les cas, aucun traité contraire aux dispositions de la Constitution […] ne peut être conclu* ». Cet alinéa peut ainsi constituer un fondement textuel solide pour l'exercice du contrôle de la validité substantielle des conventions internationales par le juge pénal.

---

625 HCC (Egy), 6 février 1993, Req. n° 57, année judiciaire 4, consulté sur *sccourt.gov.eg* : « un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but ».

626 HCC (Egy), 1 mars 1975, *op. cit.* Malgré cette affirmation de principe, la Cour a répondu à ce moyen en évoquant l'article 29 de la Déclaration universelle qui énonce des limitations sur les droits et libertés comme le respect de la loi et de l'ordre public dans une société démocratique.

627 HCC (Egy), 14 octobre 2012, Req. n° 151, année judiciaire 27, consulté sur *sccourt.gov.eg*.

628 HCC (Egy), 7 mai 1983, Req. n° 151, année judiciaire 27, consulté sur *sccourt.gov.eg*. Plus récemment, HCC (Egy), 14 octobre 2012, *op. cit.*

**222. Dans la jurisprudence française.** À la différence de son homologue égyptien, le juge pénal français ne peut profiter d'un fondement textuel équivalent dans sa clarté, même si l'article 54 de la Constitution française précise qu'un engagement international contraire à celle-ci ne peut être ratifié qu'après une révision constitutionnelle. À vrai dire, il semble que ce texte confère à la convention internationale ratifiée une certaine immunité en posant une présomption de validité substantielle à partir du moment de la ratification[629].

**223.** Le juge pénal français doit ainsi se tourner vers l'interprétation faite de l'article 55 par les différentes juridictions ordinaires à l'occasion de conflit entre Constitution et traité. La première leçon a été enseignée par l'arrêt *Sarran* du Conseil d'État[630], « *l'un des arrêts les plus importants de l'histoire de la Ve République en matière de hiérarchie des normes* »[631], mis au même rang des arrêts *Jacque Vabre* et *Nicolo* par le Professeur Alland[632]. Pour le Conseil d'État, il n'existe aucun doute cartésien, la suprématie conférée aux conventions internationales par l'article 55 ne s'applique pas, dans l'ordre interne, aux dispositions de nature constitutionnelle[633]. Par conséquent, le moyen tiré de la violation par ces dernières dispositions du Pacte international des droits civils et politiques « *ne peut qu'être écarté* »[634]. Deux ans plus tard, l'assemblée plénière de la Cour de cassation reprend à la lettre les « *enseignements de l'arrêt Sarran* »[635] dans sa décision *Fraisse*[636], bouclant ainsi la position des juridictions ordinaires par rapport à la place des conventions internationales dans la hiérarchie des normes[637].

**224.** À partir de cette présentation, il nous semble qu'un prétendu obstacle normatif, lié à la nature de la règle internationale[638], ne peut être avancé pour justifier l'incompétence du juge pénal

---

629 V. dans le même sens, GAÏA Patrick, « Normes constitutionnelles et normes internationales : point de vue sur l'affaire *Koné* », *RFDA* 1996, p. 885.

630 CE, ass., 30 octobre 1998, *Sarran et Levacher*, *Lebon*, p. 368. V. BONNET Baptiste, « Le Conseil d'État, la Constitution et la norme internationale », *RFDA* 2005, p. 56 ; MAUGÜE Christine, « L'arrêt *Sarran*, entre apparence et réalité », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 7, décembre 1999.

631 ALLAND Denis, « Consécration d'un paradoxe : primauté du droit interne sur le droit international », *op. cit.*, p. 1094.

632 *Ibid.*

633 CE, ass., 30 octobre 1998, *op. cit.*

634 *Ibid.*

635 Selon les conclusions de l'avocat général Joinet ; MATHIEU Bertrand et VERPEAUX Michel, « Le régime électoral en Nouvelle-Calédonie entre arrangements constitutionnels et exigences conventionnelles », *D.* 2000, p. 865.

636 Cass., ass., 2 juin 2000, *Fraisse*, *Bull. A. P.*, n° 4, p. 7.

637 Il est intéressant que les deux arrêts *Sarran* et *Fraisse* interviennent quelques années après l'affirmation de certains auteurs que « la question de la hiérarchie traités-Constitution n'est pas examinée par les juges ordinaires » ; RIDEAU Joël, « La Cour de cassation et l'article 55 de la Constitution », *in* Groupe d'études et de recherches sur la justice constitutionnelle, *La Cour de cassation et la Constitution de la République*, Actes du colloque du 9 et 10 décembre 1994, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1995, p. 233.

638 D'ailleurs, la chambre civile de la Cour de cassation égyptienne a écarté l'argument selon lequel les conventions internationales faisaient partie des actes de gouvernement ; Cass. Civ. (Egy), 25 mai 1999, Req. n° 3617 et 3826, année judiciaire 67, consulté sur *cc.gov.eg*.

dans le contrôle de la validité substantielle. D'ailleurs, la pratique même du juge ne semble pas s'y conformer.

### *b. La pratique du juge comme réfutation de sa déclaration d'incompétence*

**225.** La question de la validité substantielle des conventions internationales, pour le juge pénal, est intimement liée à sa place dans les institutions et la conception de son rôle. Ainsi, la prééminence du point de vue institutionnel justifie le refus catégorique de porter un jugement sur les traités, en même mesure que les lois. C'est cette assimilation, consacrée par la chambre criminelle de la Cour de cassation française et la Constitution égyptienne, qui guide notre démonstration.

**226.** En pratique, le juge « *évalue* » la loi comme produit de l'activité normative, peu importe que l'évaluation soit constitutionnelle ou conventionnelle (i). Pourquoi s'empêche-t-il d'évaluer un traité international, autre émanation de la volonté normative ? Or, le contrôle de la validité formelle constitue, dans certains cas, un examen du fond de la convention (ii). Le juge pénal n'aura qu'à franchir un pas supplémentaire et sanctionner pleinement la hiérarchie des normes.

#### i. Au niveau de l'évaluation de la loi

**227.** Selon Michel Fromont, « *le juge est tenu de respecter l'ensemble du droit* »[639]. À partir du moment où la Constitution contient des dispositions relatives aux droits de l'homme et où il est admis qu'elle est une source de règles de droit immédiatement applicables, le choix du juge est évident : « *entre deux normes, il doit choisir la plus élevée* »[640].

**228. Les visas constitutionnels dans les décisions pénales françaises.** À plusieurs reprises, la Cour de cassation française a dû réaliser ce choix en faisant référence aux principes constitutionnels de manière explicite[641]. Au visa de l'article 66 de la Constitution, l'Assemblée plénière condamne l'utilisation d'écoutes téléphoniques effectuées par la police judiciaire sans ordre ni contrôle effectif d'un juge d'instruction[642]. En droit pénal général, la chambre criminelle se base sur l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen pour écarter une disposition du Code général des impôts qui, par son imprécision, ne peut « *servir de fondement à une poursuite* »[643]. En vertu des articles 34 et 37 de la Constitution, elle considère

---

639 FROMONT Michel, « La justice constitutionnelle en France ou l'exception française », *in* COLLIARD Jean-Claude et JEGOUZO Yves, *Le nouveau constitutionnalisme : mélanges en l'honneur de Gérard CONAC*, Economica, 2001, p. 179.

640 *Ibid.*

641 Pour des exemples dans lesquels l'exclusion de la loi contraire était indirecte, V. COMMARET Dominique, « L'application de la Constitution par la Cour de cassation : perspectives de droit pénal », *in* DRAGO Guillaume (dir.), *L'application de la Constitution par les cours suprêmes*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2007, p. 73-87.

642 Cass. Crim., 24 novembre 1989, *Bull. crim.*, n° 440, p. 1073.

643 Cass. Crim., 27 mars 1995, *Bull. crim.*, n° 125, p. 355.

qu'un texte du Code des communes qui punit « *toutes infractions* » sans définir aucune incrimination est entaché d'illégalité et « *ne saurait servir de base à une condamnation pénale* »[644]. En matière de mesure de sûreté, elle estime que la restriction apportée à la liberté des activités professionnelles, dans le cadre du contrôle judiciaire, « *n'est pas incompatible avec les dispositions constitutionnelles et conventionnelles invoquées* »[645] par la défense.

Alors que l'évaluation de la constitutionnalité des lois est traditionnellement présentée comme un fruit défendu, il semble que le juge pénal se soit plutôt rattaché, sans l'avouer, à sa mission comme gardien de la liberté individuelle[646]. L'article 66-2de la Constitution de 1958 n'est plus « *une simple règle de compétence* »[647].

**229. Le contrôle de conventionnalité et les traités matériellement constitutionnels.** La compétence du juge français pour sanctionner la hiérarchie des normes apparaît également dans le contrôle autoproclamé de conventionnalité dont l'essence est une évaluation de la loi nationale et dont le résultat est l'exclusion de la norme contraire à une convention internationale. L'analyse devient plus intéressante du fait que les instruments de protection des droits de l'homme investis par le juge pénal, comme la Convention européenne ou le Pacte international, sont des traités « *matériellement constitutionnels* ». Ainsi, la protection du principe de légalité[648] par exemple, consacré à l'article 15 du Pacte et à l'article 7 de la Convention européenne, n'est plus l'œuvre exclusive du Conseil constitutionnel[649]. Ce dernier se trouve en concurrence avec le juge pénal[650] dans le contrôle du législateur.

**230. L'application directe de la Constitution par le juge pénal égyptien.** De son côté, la chambre criminelle de la Cour de cassation égyptienne fait écho dans plusieurs arrêts à cette même sensibilité à la hiérarchie des normes. « *Le pouvoir judiciaire est tenu d'appliquer à la fois les dispositions de la Constitution et de la loi* »[651]. Lorsqu'elle interprète le principe de la séparation des pouvoirs, traditionnellement investi pour refuser de contester la souveraineté du législateur, la Chambre criminelle considère que ce principe interdit au pouvoir législatif d'imposer au juge une loi qui serait contraire à la Constitution. En cas de conflit entre les normes, « *il est impératif*

644 Cass. Crim., 1er février 1990, *Bull. crim.*, n° 56, p. 153.

645 Cass. Crim., 27 juillet 1995, *Bull. crim.*, n° 259, p. 727.

646 Pour le Conseil constitutionnel, l'article 66 de la Constitution confit à l'autorité judiciaire « la sauvegarde de la liberté individuelle sous tous ses aspects » ; Cons. Const., 29 décembre 1983, n° 83-164 DC, *Recueil* p. 67.

647 « Pour ceux qui voudraient voir dans l'article 66 alinéa 2 autre chose qu'une simple règle de compétence et qui voudraient un juge bouclier des libertés, la démonstration sera bien délicate » ; COPPER-ROYER Édouard, « L'autorité judiciaire gardienne de la liberté individuelle : l'application du principe constitutionnel », *in* Groupe d'études et de recherches sur la justice constitutionnelle, *op.cit.*, p. 127.

648 Pour le principe de la proportionnalité, V. DE LAMY Bertrand, « Quand un impossible contrôle de constitutionnalité exclut un nécessaire contrôle de conventionalité », *RSC* 2009, p. 162-166.

649 Cons. const., 20 janvier 1981, *JCP* 1991, II, n° 19701, note FRANCK.

650 Cass. Crim., 20 février 2001, *D.* 2001, p. 908.

651 Cass. Crim (Egy), 28 avril 2004, Req. n° 30342, année judiciaire 70, consulté sur cc.gov.eg.

*que les dispositions constitutionnelles soient appliquées* »[652] en tant que « *loi positive suprême* »[653]. C'est ainsi que la Cour a infirmé l'application par les juges du fond de l'article 49 du Code de procédure pénale qui permet à l'officier de police judiciaire, lors d'une perquisition à domicile, de fouiller l'accusé s'il existe des « *indices solides* » que ce dernier « *dissimule quelque chose d'utile pour la révélation de la vérité* ». Pour la Cour, ce texte viole l'article 41 de la Constitution qui exige une autorisation judiciaire pour la fouille des personnes, sauf en cas de flagrant délit[654].

**231.** Robert Badinter constatait l'existence d'une « *incohérence saisissante* » à admettre que les juridictions « *fassent prévaloir, comme la Constitution le prévoit, le Traité, c'est-à-dire la norme internationale, sur la loi interne et, en même temps, à considérer que les tribunaux doivent appliquer une loi qui peut être contraire à la Constitution, norme supérieure du droit* »[655]. Dans le même fil, on ne peut que souligner un paradoxe semblable dans le fait de considérer que le juge pénal est tenu d'appliquer une convention internationale contraire à la même « *norme supérieure de droit* », d'autant plus qu'il se permet d'évaluer ses conditions de forme définies constitutionnellement.

**ii. Au niveau de l'évaluation formelle de la convention**

**232.** « *Il n'appartient pas aux tribunaux de l'ordre judiciaire d'apprécier la régularité de la ratification d'une convention internationale* »[656]. Ce considérant de la Cour de cassation française n'est plus d'actualité avec l'affirmation de la compétence du juge dans le contrôle de la validité formelle des conventions internationales[657]. Longuement limité à la vérification de l'existence matérielle de la ratification et de la publication, ce genre de contrôle formel de validité est devenu un réflexe naturel pour le juge, donnant plein effet au texte constitutionnel déterminant le déroulement de la procédure par laquelle la convention acquiert la « *force de loi* ».

**233.** En droit égyptien, la Haute Cour constitutionnelle a consolidé le principe de la compétence des juridictions ordinaires, à l'égard des traités, dans le contrôle des conditions formelles de l'article 151 de la Constitution[658]. Par application du même principe, le juge français s'est autorisé à observer qu'un certain accord franco-sénégalais, ratifié sans l'autorisation législative exigée, « *ne peut pas être considéré comme ayant été régulièrement ratifié ou approuvé, conformément à*

---

652 Cass. Crim. (Egy), 4 avril 2009, Req. n° 17251, année judiciaire 66, consulté sur *cc.gov.eg*.

653 Cass. Crim. (Egy), 15 septembre 1993, Req. n° 2605, année judiciaire 62, consulté sur : *cc.gov.eg* ; Cass. Crim. (Egy), 24 mars 1975, Req. n° 200, année judiciaire 45, consulté sur : *cc.gov.eg*.

654 Cass. Crim. (Egy), 15 septembre 1993, *op. cit.*

655 BADINTER Robert, « L'exception d'inconstitutionnalité, garantie nécessaire du citoyen », *JCP G*, 13 mai 1992, n° 20, I 3584.

656 Cass. Civ., 1ère ch., 25 janvier 1977, n° 74-13437, *B. civil* I, n° 43, p. 32. En ce qui concerne le Conseil d'État, V. CE ass., 16 novembre 1956, *Villa*, *Lebon* p. 433 et surtout CE, 4 mars 1961, *André et Société des tissages Nicolas Caimant, Lebon*, 1961, p. 154 : « Il n'appartient pas au Conseil d'État statuant au contentieux d'apprécier la régularité de la procédure suivie pour la ratification de traités internationaux ».

657 V. *supra* n° 129.

658 HCC (Egy), 3 mars 2018, *op. cit.*

*l'article 55 de la Constitution* »[659]. Dans les deux systèmes juridiques, repérer l'absence des conditions formelles ou le non-respect de la procédure de ratification partagée signifie que la convention n'est pas applicable ; il ne s'agit pas d'un jugement définitif sur sa constitutionnalité. L'effet ne sera pas différent si une violation substantielle de la Constitution est repérée.

**234.** Plus parlant encore, le contrôle de la validité formelle passe forcément par un examen de fond de la convention internationale. C'est ainsi que la Cour de cassation française a déterminé que la convention franco-sénégalaise précitée « *met en cause l'exercice des voies d'exécution et touche ainsi aux principes fondamentaux du régime de la propriété* »[660]. Par une analyse plus extensive du fond, le Conseil d'État a conclu « *qu'aucune des stipulations* » de l'accord Vatican-Kouchner ne concerne les conditions d'exercice d'une liberté publique[661]. Dans le même arrêt, les juges administratifs dissipent le doute sur une prétendue modification de plusieurs dispositions du Code de l'éducation ayant nécessité l'intervention parlementaire pour la ratification de l'accord[662]. Leurs homologues égyptiens vont plus loin en requalifiant un traité de démarcation des frontières maritimes en cession masquée du territoire national, interdite par la Constitution, pour conclure à la nullité de la signature[663].

**235.** Il nous apparaît ainsi que le juge ordinaire, lorsqu'il contrôle la validité formelle de la convention internationale, se dirige vers le soleil de la validité substantielle par la méthode qu'il emploie et l'effet qu'il déplie. Dans le cas du juge pénal, s'approcher dangereusement du soleil n'est pas une question d'ambition, mais de nécessité.

## 2. Une nécessité de sécurité juridique

**236. Le juge pénal gardien de la liberté individuelle.** Dans la balance du contrôle de la validité substantielle, le juge pénal doit peser les obstacles normatifs et institutionnels, déjà évoqués, contre sa mission comme « *gardien de la liberté individuelle* ».

Cette formulation française ne trouve pas d'équivalent d'habilitation identique dans la Constitution égyptienne, mais elle peut être déduite à partir de nombreuses dispositions. Entre la désignation de « *l'impartialité de la justice* » comme garantie de la protection des droits et libertés[664] et l'affirmation que l'exercice de ces droits ne peut être limité de manière portant

---

659 Cass. Civ., 29 mai 2001, *B. civil* I, n° 149, p. 97.

660 *Ibid.*

661 CE, 9 juillet 2010, *Fédération nationale de la libre pensée et autres*, *op. cit.*

662 *Ibid.* Des commentateurs analysent que l'assemblée du contentieux a procédé à une interprétation neutralisante « afin d'éviter de conclure que cet accord relevait de la compétence du législateur » ; Gautier Marie, MELLERAY Fabrice, « Applicabilité des normes internationales », *JCL Adm.*, Fasc. 20, 17 avril 2013, n° 26.

663 CE (Egy), 16 janvier 2017, *op. cit.* V. *supra*, n° 128.

664 Art. 94 de la Constitution égyptienne de 2014.

atteinte « *à leur essence et à leur fondement* »[665], il n'est pas étonnant que la chambre criminelle considère que la liberté individuelle, la dignité humaine ainsi que les droits de la défense font partie d'un socle de principes que la justice a la mission de protéger[666]. D'ailleurs, des principes essentiels du droit pénal comme l'interprétation stricte et la non-rétroactivité sont appliqués différemment lorsqu'il s'agit de renforcer la protection de la liberté par une analogie *in favorem* et une loi pénale plus douce respectivement.

**237.** Cette mission primordiale doit être remplie par le juge pénal nonobstant la nature de la norme à laquelle il est confronté. À l'égard des conventions internationales, il peut être encouragé par le fait qu'il existe « *des lacunes dans le mécanisme de contrôle de la constitutionnalité* »[667] en droit français (a) et en droit égyptien (b).

### *a. Le verrou de la QPC en France*

**238.** À titre liminaire, il est opportun de préciser que la France a conclu 6742 conventions ou accords entre 1958 et 2019[668]. Au regard de ce stock important, « *le Conseil constitutionnel n'a été saisi que onze fois sur le fondement de l'article 54* »[669].

Ces statistiques deviennent plus expressives lorsqu'elles sont conjuguées au considérant réitéré par la Chambre criminelle selon lequel « *le Conseil constitutionnel ne peut être saisi d'une question [prioritaire de constitutionnalité] portant sur la conformité à la Constitution d'une convention internationale* »[670], puisque l'article 61-1 fait explicitement référence aux seules dispositions législatives. En respectant le *statu quo*, le juge pénal peut ainsi être amené à appliquer une convention internationale, incontrôlée *a priori* et incontrôlable *a posteriori*, bien qu'elle porte potentiellement atteinte à la garantie constitutionnelle de la liberté individuelle[671].

**239.** Même dans le cas de l'exercice du contrôle *a priori*, l'« *angle mort* »[672] de la validité substantielle persiste. Ce contrôle est purement objectif, alors qu'un contrôle par voie d'exception est

---

665 Art. 92.

666 Cass. Crim (Egy), 28 avril 2004, *op. cit.* ; Cass. Crim (Egy), 4 avril 2009, *op. cit.*

667 DAILLIER Patrick, FORTEAU Mathias, QUOC DINH Nguyen, Pellet Alain, *Droit international public*, *op. cit.*, p. 314.

668 Ce nombre provient de l'addition du nombre de conventions sur la période entre 1958 et 2011, fourni par Christophe Eoche-Duval, avec le nombre de conventions résultant d'une recherche sur la base « Traités et accord de la France » du ministère des affaires étrangères (période 01/01/2011 au 28/08/2019). V. EOCHE-DUVAL Christophe, *op. cit.*, p. 307, note 34.

669 *Ibid.*

670 Cass. Crim., 4 mars 2014, *op. cit.* V. dans le même sens Cass. Crim., 17 mai 2011, *op. cit.* et Cass. Crim., 18 novembre 2014, n° 14-82481, inédit, consulté sur : *legifrance.gouv.fr*.

671 « Le traité est aujourd'hui la seule norme qui est revêtue d'une immunité totale à partir du moment où elle est entrée dans l'ordre juridique interne » ; CE, 9 juillet 2010, *Fédération nationale de la libre pensée et autres*, *RFDA* 2010, p. 986, concl. KELLER.

672 CE, 9 juillet 2010, *Fédération nationale de la libre pensée et autres*, *RFDA* 2010, p. 980-994, concl. KELLER.

« *instrumenté à partir d'un litige subjectif précis* »[673]. En outre, le Conseil constitutionnel admet le « *changement des circonstances* » pour justifier un nouvel examen d'une disposition législative antérieurement déclarée conforme à la Constitution. Curieusement, des arrêts de la Cour de cassation sont considérés comme catalyseur de ce changement[674]. Pourquoi est-ce qu'on ne pourrait envisager un même changement de circonstances pour les conventions internationales surgissant de leur application pratique par le juge judiciaire dans un cas concret ?

**240.** En droit français, le contrôle de la validité de la loi est devenu circuit fermé avec l'institution de la QPC en 2008. Pour les conventions internationales, le circuit est toujours ouvert, pour ne pas dire inexistant dans la majorité des cas. Si le refus absolu d'un contrôle *a posteriori* est compréhensible sous l'ombre de l'impossible notion d'inconstitutionnalité, la proclamation du juge pénal devient plus nécessaire.

### *b. Le verrou procédural en Égypte*

**241.** On n'a pas pu relever des statistiques globales en la matière, mais selon un rapport du Parlement égyptien, 88 conventions internationales ont été autorisées en la seule année 2016-2017, conséquence naturelle du mouvement de l'internationalisation du droit[675]. Il n'existe pas en droit égyptien un contrôle *a priori* à la ratification d'une convention internationale comme le cas français. Cependant, la Haute Cour constitutionnelle s'est bien approprié le contrôle postérieur de la validité substantielle des conventions internationales sur la base de l'article 151[676].

**242.** Théoriquement, tous les éléments nécessaires à la protection des droits et libertés des individus sont présents. Néanmoins, la théorie doit être nuancée par la pratique de la Haute Cour qui n'a jamais rendu une déclaration d'inconstitutionnalité[677] d'un traité en cinquante ans d'histoire. À vrai dire, une telle déclaration produira des complications dans les relations diplomatiques de l'Égypte et revient à révoquer judiciairement un traité dont la dénonciation est dessinée internationalement.

---

673 DE BECHILLON Denys, *op. cit.*, p. 232.

674 « Toutefois, depuis cette déclaration de conformité, d'une part, la Cour de cassation a jugé, dans les trois arrêts du 8 février 2017 mentionnés ci-dessus, que les dispositions de l'article 365-1 du code de procédure pénale excluent la possibilité pour la cour d'assises de motiver la peine qu'elle prononce en cas de condamnation » ; Cons. Const., 2 mars 2018, n° 2017-694 QPC, *JORF* du 3 mars 2018, texte n° 55. En l'espèce, le Conseil a déclaré le deuxième alinéa de l'article 365-1 du CPP contraire à la Constitution : « En n'imposant pas à la cour d'assises de motiver le choix de la peine, le législateur a méconnu les exigences tirées des articles 7, 8 et 9 de la Déclaration de 1789 ».

675 Parlement égyptien, *Rapport des activités de la 2ème session du premier semestre parlementaire*, 6 juillet 2017, p. 13, consulté sur *parliament.gov.eg.*

676 HCC (Egy), 3 mars 2018, *op. cit.*

677 À notre connaissance, l'examen de la constitutionnalité d'une convention internationale a été réalisé dans deux arrêts : HCC (Egy), 19 juin 1993, *op. cit.* et HCC (Egy), 6 février 1993, *op. cit.*

De plus, le courant de la protection est coupé par des exigences procédurales. Ainsi, pour la chambre criminelle, l'exception d'inconstitutionnalité n'est pas un moyen d'ordre public. Elle ne peut pas être présentée pour la première fois devant la Cour de cassation au regard de l'article 29 de la loi concernant l'institution de la Haute Cour[678]. Ainsi, si la défense de l'accusé ne présente pas cette exception devant le tribunal de fond, le juge de cassation ne peut saisir la Haute Cour pour remédier à l'application injuste d'une convention.

**243.** En résumé, compte tenu des effets du droit qu'il applique sur la liberté individuelle, le juge pénal en Égypte et en France doit se débloquer. La passivité conduit à une situation de déni de justice qui « *ne résulte pas d'une lacune du droit juridictionnel des activités publiques mais d'une lacune de la protection juridictionnelle des individus* »[679]. Le juge doit pouvoir écarter l'application de la convention internationale contraire à la Constitution. Cette solution est préférable à une déclaration postérieure d'inconstitutionnalité par une juridiction suprême, au regard de l'impossibilité conceptuelle d'une telle déclaration. Ainsi, le juge pénal remplit sa mission de protection tout en permettant une renégociation diplomatique de la disposition internationale, invalide dans la balance du droit pénal.

### B. La délimitation du contrôle de validité substantielle

**244.** Une fois la recherche d'un fondement pour le contrôle de la validité substantielle des conventions internationales aboutie, les modalités pour exercer ce contrôle doivent être soigneusement dessinées.

Une analogie intéressante peut être tirée du contrôle de la conventionnalité des lois en droit français. Pratiquement, quand le juge pénal estime qu'une disposition législative est contraire à un droit garanti par une convention internationale, il ne l'applique pas sur les faits présentés devant lui. « *La disposition inconventionnelle n'est ni abrogée, ni victime de désuétude* »[680], puisque le constat de validité proposé par le juge ne lie pas d'autres juridictions et ne le lie pas lui-même dans de futurs procès.

**245.** Partant de cette analogie, si le juge pénal constate la non-conformité d'une convention internationale par rapport aux dispositions substantielles de la Constitution, il serait nécessaire qu'il puisse écarter son application (2). « *La hiérarchie des normes ne devient effective que si elle est juridictionnellement sanctionnée* »[681]. Bien évidemment, cet effet est relatif, limité au cas concret et ne constitue guère un jugement *erga omnes* sur la constitutionnalité de la convention. C'est pourquoi, en droit français, on préfère la référence à la terminologie plus familière et moins polémique d' « *interprétation neutralisante* » (1).

---

678 Cass. Crim. (Egy), 14 novembre 2013, Req. n° 11804, année judiciaire 82, consulté sur cc.gov.eg.

679 FAVOREU Louis, « Le Conseil constitutionnel peut-il être soumis à un contrôle du juge administratif ? », *RFDA*2003/1, p. 8-13.

680 BONNET Julien*, op. cit.*, p. 500.

681 CHEVALLIER Jacques, *L'État de droit*, *op. cit.*, p. 134.

## 1. La neutralisation interprétative de la convention

**246. Concept.** De manière générale, l'interprétation est dite neutralisante lorsqu'elle contribue « *à la préservation d'un ordre juridique conforme à la hiérarchie des normes en donnant une interprétation constitutionnellement correcte de la loi […] en la vidant de son venin* »[682]. Cette technique est traditionnellement mise en œuvre par le Conseil constitutionnel français comme alternative moins brutale à celle de la déclaration d'inconstitutionnalité de la disposition. Dans le domaine pénal, elle a été investie pour des règles de fond[683] et des règles de forme[684].

**247. Le mutisme d'un traité sur l'extradition pour but politique.** À l'égard des conventions internationales, ce procédé a été libéralement emprunté dans la sphère des juridictions ordinaires. Pour résoudre le conflit entre traité et loi, l'interprétation conforme est devenue une opération de routine pour le juge et fera l'objet d'une analyse plus détaillée[685]. C'est surtout le conflit entre Constitution et traité qui est intéressant à ce stade. À notre connaissance, l'interprétation neutralisante n'a été utilisée qu'une seule fois pour résoudre ce conflit entre les normes. Il s'agit de l'arrêt Koné du Conseil d'État concernant la légalité d'un décret d'extradition d'un ressortissant malien, pris après avis favorable de la première chambre d'accusation de la Cour d'appel de Paris[686]. L'extradition a été accordée en vertu de l'accord de coopération en matière de justice entre la France et le Mali du 9 mars 1962, ainsi l'intérêt de cette décision administrative pour le juge pénal est évident.

Aux termes de l'article 44 de l'accord de coopération, « *l'extradition ne sera pas exécutée si l'infraction pour laquelle elle est demandée est considérée par la partie requise comme une infraction politique ou comme une infraction connexe à une telle infraction* ». Le venin de cette disposition, selon le Conseil d'État, provient du fait qu'elle ne prend pas en compte l'interdiction, ayant valeur constitutionnelle, de l'extradition demandée dans un but politique. Par conséquent, la juridiction administrative estime que les stipulations de l'article 44 « *doivent être interprétées conformément au principe fondamental reconnu par les lois de la République, selon lequel l'État doit refuser l'extradition d'un étranger lorsqu'elle est demandée dans un but politique* »[687]. La convention substantiellement contraire à la Constitution est ainsi vidée de son venin. La norme interprétée est « *coulée* » dans la norme de référence afin de rendre les deux dispositions non contradictoires entre elles[688]. Même si elle intervient dans le cadre précis de l'extradition, nous

---

682 Définition apportée par Terry OLSON, Maître des requêtes, dans ses conclusions sous CE, 22 juin 2007, *RFDA* 2007, p. 1077. Pour Louis FAVOREU, il s'agit d'un procédé qui gomme l'effet nocif de certaines dispositions en affirmant qu'elles n'ont pas la signification qui semble découler du texte ou qu'elles sont dépourvues d'effet juridique ; FAVOREU Louis, « La décision de constitutionnalité », *RIDC*, 1986, p. 622-623.

683 Art. 433-5-1 du CP (Cons. Const., 13 mars 2003, n° 2003-467 DC, *Recueil* p. 211).

684 Art. 706-96 du CPP (Cons. Const., 2 mars 2004, n° 2004-492 DC, *Recueil* p. 66).

685 V. *infra*, n° 693 et s.

686 CE, ass., 3 juillet 1996, *Koné*, *RFDA* 1996, p. 870, concl. DELARUE.

687 *Ibid.*

688 GAÏA Patrick, *op. cit.*, p. 885.

pouvons imaginer le juge répressif étendre cette solution à chaque disposition internationale « *dangereuse* » pour les principes constitutionnels de droit pénal en l'interprétant conformément à ces derniers.

**248.** Ce contrôle de validité substantielle a été qualifié de « *light* »[689]. Même si le juge ne déclare pas l'inconstitutionnalité de la convention, il « *confronte bien la norme internationale et la norme constitutionnelle pour, le cas échéant, interpréter la première en fonction des exigences de la seconde* »[690]. En réalité, ce contrôle est lourd de conséquence : le juge évite bien l'application de la convention internationale contraire à la Constitution[691].

**249.** Un commentateur a imaginé une autre hypothèse dans laquelle le juge pénal peut penser à écarter une convention internationale par respect de la Constitution. Ainsi en matière d'infractions liées à la pollution maritime, une juridiction répressive doit écarter les dispositions d'un traité qui excluent la réparation du dommage écologique, puisque le principe de la réparation de ce préjudice « *a valeur constitutionnelle* »[692].

## 2. L'exclusion de la convention

**250.** Les juridictions égyptiennes sont plus expressives quand il s'agit de leur compétence d'écarter une norme contraire à la Constitution. Certes, les exemples étudiés concernent des dispositions législatives, mais l'équivalence consacrée par la Constitution égyptienne entre traité et loi permet d'étendre la solution au cas où est remise en question la validité substantielle d'une disposition internationale.

**251. La proclamation du contrôle d'exclusion par le juge pénal.** Les prémisses du contrôle d'exclusion étaient présentes depuis longtemps dans la jurisprudence égyptienne. Il faut distinguer la période antérieure à la conception d'une cour constitutionnelle compétente à la période postérieure. On peut rappeler, à cet égard, la décision d'acquittement de la Cour d'assises d'Alexandrie de plusieurs maires et préfets ayant refusé d'appliquer une loi électorale, comportement interdit pénalement[693]. Dans sa motivation datant de 1926, la Cour considère que la doctrine reconnaît aux tribunaux le droit d'évaluer la constitutionnalité d'une loi dans une affaire concrète, sans que cette évaluation ne produise d'effet *erga omnes*, par respect du principe de la séparation des pouvoirs. Ainsi, la Cour peut écarter une loi qu'elle juge non-

689 Gautier Marie, « Le Conseil d'État et les conflits entre conventions internationales : du nouveau, mais pas trop », *Droit administratif* n° 6, juin 2012, étude 11, n° 13.

690 *Ibid.*, note 26.

691 C'est ce que comprend le Commissaire du gouvernement Terry OLSON, CE, 22 juin 2007, *op. cit.* : « Vous mettez en œuvre cette technique d'interprétation neutralisante pour *éviter d'appliquer les conventions internationales* dans un sens contraire à la Constitution ».

692 REBEYROL Vincent, « *Erika* : l'inéluctable cassation ? », *D.* 2012, p. 1112.

693 Décision cité dans SABRY El-Sayed, *Les principes du droit constitutionnel (Mabadi' Al-Qanoun Al-Dostouri)*, Al-Matba'a Al-A'lamiya, Le Caire, 1949, p. 12.

conforme à la Constitution. Dans le même sens, le Conseil d'État égyptien confirme la primauté de la Constitution lorsqu'il décide qu'il « *ne peut que refuser l'application de la loi qui contredit la Constitution* »[694]. Concernant l'effet juridique de sa décision, il ajoute qu'elle « *ne porte que sur le litige soumis sans que cette décision puisse lier un autre tribunal ou le même tribunal appelé à examiner un autre litige* »[695].

**252.** Après l'établissement de la Haute Cour constitutionnelle, la chambre criminelle de la Cour de cassation voyait toujours dans la Constitution la règle suprême à appliquer. On peut citer, en ce sens, l'arrêt dans lequel la Cour applique directement l'article 44 de la Constitution exigeant de motiver l'autorisation de perquisition de domicile[696]. Pour la Cour, au regard du fait que la Constitution est la « *loi positive suprême* », le conflit entre celle-ci et une loi ordinaire doit être résolu au profit de la première et la deuxième doit être écartée[697]. Par la suite, elle indique qu'une loi qui viole les garanties de l'exigence d'une autorisation judiciaire motivée est une loi illégitime constitutionnellement.

**253.** Le même raisonnement a été poursuivi pour une disposition législative qui renversait la charge de preuve pour l'infraction de concussion, portant ainsi atteinte au principe constitutionnel de présomption d'innocence. Dans deux arrêts de 2004[698] et de 2009[699], la Cour de cassation procède par analogie pour justifier son contrôle de la validité substantielle des lois. Elle indique qu'elle a le pouvoir d'écarter un règlement contraire à la Constitution, alors que c'est au Conseil d'État d'annoncer son illégalité. Ainsi, elle se donne le droit d'écarter la loi invalide substantiellement *inter partes*, même si c'est à la Haute Cour de prononcer son inconstitutionnalité *erga omnes*. L'analogie a été prolongée à la compétence exclusive de la Haute Cour pour interpréter les textes législatifs. Pour la chambre criminelle, tant que la Haute Cour n'a pas exercer cette compétence, la déclaration d'exclusivité « *ne dépossède pas les autres juridictions de leur droit d'interprétation* » dans le cas concret.

**254. L'extension du contrôle aux traités.** Considérant que les traités « *ont force de loi après leur publication* », rien n'empêche le juge pénal d'écarter leur application si une disposition quelconque porte atteinte aux droits fondamentaux des individus, en suivant la même approche adoptée pour les dispositions législatives. Il est normal que l'effet de cette exclusion soit limité aux faits portés devant le juge et ne constitue pas un jugement absolu sur la validité de la disposition conventionnelle. De surcroît, si on adopte le point de vue de

694 CE (Egy), 21 juin 1952, *Mohamed Fouad Serag Eldine*, *RDP*, 1952, p. 1053-1061.

695 *Ibid.*

696 Cass. Crim. (Egy), 24 mars 1975, Req. n° 200, année judiciaire 45, consulté sur : *cc.gov.eg*.

697 Cette règle a été réitérée par la chambre criminelle dans d'autres arrêts. V. surtout Cass. Crim. (Egy), 21 juin 1979, Req. n° 1058, année judiciaire 49, consulté sur : *cc.gov.eg*. et Cass. Crim. (Egy), 21 octobre 1991, Req. n° 46438, année judiciaire 59, consulté sur : *cc.gov.eg*.

698 Cass. Crim (Egy), 28 avril 2004, *op. cit.*

699 Cass. Crim (Egy), 4 avril 2009, *op. cit.*

l'inconstitutionnalité impossible selon Georges Scelle, écarter la convention devient le seul moyen pour préserver la sécurité juridique.

**255. La nécessité d'un nouveau Jacques Vabre.** Partant des mêmes motifs, le juge français doit également proclamer son habilitation à écarter la convention internationale. Dans l'arrêt Jacques Vabre, la Cour de cassation a constaté le vide juridique laissé par la décision IVG et elle s'est autoproclamée compétente pour exercer le contrôle de conventionnalité des lois. Sans habilitation expresse, le juge a cédé aux chants des sirènes internationalistes et il a tiré les conséquences logiques de la hiérarchie des normes. Au regard de son rôle comme gardien de la liberté individuelle, nous invitons le juge pénal à tendre l'ouïe vers un autre binôme dans la hiérarchie.

## CONCLUSION DU CHAPITRE II

Dans les systèmes comparés, la conception du principe de la séparation des pouvoirs, ainsi que celle du rôle du juge pénal, produit des solutions différentes en ce qui concerne le contrôle de la validité substantielle des conventions internationales.

**256.** Dans le système américain de diffusion du contrôle de constitutionnalité, le rôle du juge américain comme gardien de la Constitution fédérale a naturellement justifié qu'il tourne son regard apotropaïque vers les conventions internationales en matière pénale. Son travail de recherche se stabilise autour des deux questions de la compétence matérielle pour conclure les traités ainsi que celle de la protection des droits fondamentaux. Sans nier le poids de la pratique politique des affaires étrangères, le juge a contribué à l'élaboration des limites du pouvoir du gouvernement fédéral quand il légifère internationalement.

**257.** Les solutions ne sont pas les mêmes en droit égyptien et français, où règne une centralité institutionnelle dans le contrôle de validité substantielle. Au-delà d'une certaine sacralisation de la norme internationale, le juge pénal national ne se trouve pas fondé à contrôler une convention internationale qui heurte potentiellement le principe de légalité ou les droits fondamentaux garantis par la Constitution. Eu regard à ces éléments ainsi que l'existence d'un organe central et indépendant pour effectuer cette mission, le contrôle de validité substantielle des conventions internationales est devenu un fruit défendu. Toutefois, plusieurs raisons justifient de quitter le jardin d'Eden. L'affirmation de la primauté de la Constitution sur les traités et la pratique même du juge pénal doivent être conjuguées à la nécessité de combler les lacunes dans le système constitutionnel de filtrage. En brisant le tabou, les juridictions répressives internes peuvent se permettre d'écarter l'application des normes internationales contraires aux principes directeurs de droit pénal.

## CONCLUSION DU TITRE I

**258.** L'étude de la condition de validité a plutôt démontré que le monisme à l'état pur n'existe pas. Les constitutions nationales définissent les conditions d'introduction des traités dans l'ordre juridique interne, ainsi que leur place dans la hiérarchie des normes. Accepter cette réalité implique également de voir la dualité dans la vie des traités. Une convention internationale mène une vie indépendante au niveau international depuis sa ratification. Une fois publié, donc ayant accompli les conditions de sa réception constitutionnelle, l'*alter ego* du traité transite dans l'ordre interne comme source de droit pénal ; le traité lui-même ne change pas d'emplacement.

**259.** Pour mieux illustrer ce propos, nous avançons la métaphore suivante. Imaginons un mur sur lequel sont accrochés deux tableaux représentant la Constitution et la loi nationale comme symboles de l'ordre juridique interne. L'introduction de la convention sur le mur n'est pas réalisée en accrochant un nouveau tableau, mais par l'utilisation d'un projecteur de diapositives. C'est l'image de la convention qui est projetée en droit interne. L'admission de la nature spécifique de la norme internationale ne signifie pas qu'elle ne répond pas à la logique de la hiérarchie des normes. La prise en compte des lacunes relevées dans le mécanisme du contrôle de sa validité substantielle rend nécessaire la proclamation judiciaire d'un contrôle relatif pour des exigences de sécurité juridique. De la même manière qu'on ne peut toucher une projection à la main, il serait illogique de déclarer l'inconstitutionnalité d'une convention. Cependant, rien ne s'oppose à l'exclusion de la norme internationale ; rien n'empêche qu'on éteigne le projecteur quand l'image conventionnelle brouille le tableau constitutionnel, tout en laissant la diapositive originale intacte. Le juge pénal, gardien de la liberté individuelle, doit pouvoir écarter une convention internationale qui porte préjudice aux droits fondamentaux garantis par la Constitution.

**260.** La validité constitue une analyse du traité international par rapport à une référence externe : la Constitution. Pour pouvoir donner effet à une convention, le juge pénal doit également vérifier que ses qualités intrinsèques répondent aux exigences des principes directeurs de droit pénal au centre desquels trône la légalité criminelle.

# TITRE II.

## L'EFFECTIVITÉ PÉNALE DE LA NORME INTERNATIONALE

**261.** Dès qu'une convention passe la porte de validité gardée par la Constitution, elle possède la « *force de loi* ». Ainsi, peut être étudiée son effectivité pénale comme norme juridique. Par analogie à la description du livre des morts pharaonique, « *l'effectivité* » est la deuxième porte, gardée par les principes du droit pénal, que franchit la convention internationale avant de « *sortir au jour* » de l'application.

À cet égard, nous introduisons une conception nouvelle des conditions d'application des conventions internationales par le juge pénal fondée sur la notion de « *l'effectivité pénale* ». L'introduction de cette nouvelle notion impose un passage obligé par ses origines avant de présenter sa définition et illustrer les conséquences de son adoption sur le sujet d'étude.

**262. L'origine jurisprudentielle de « l'effet direct ».** L'analyse démontre que les textes constitutionnels comparés n'orientent pas le juge pénal vers les conditions substantielles d'application de la norme internationale[700]. Un commentateur français précise que :

> « Si l'article 55 [de la Constitution française] permet d'admettre le principe de l'obligation, il ne permet pas de mesurer l'étendue de cette obligation. Il définit des conditions qui, lorsqu'elles sont remplies - mais uniquement en ce cas - introduisent les traités ou accords dans l'ordre interne et permettent qu'ils y aient une autorité. Il prévoit qu'alors, cette autorité est supérieure à celle des lois. Il n'a en revanche pas de portée en lui-même sur la nature et l'intensité des effets qu'ils produisent en droit interne. […] C'est donc en réalité de la portée normative du traité sur l'ordre interne que dépend l'étendue des effets qu'il y produit »[701].

En effet, il s'agit d'une fabrication judiciaire de la Cour suprême des États-Unis. Les juges américains ont posé le critère de *self-execution* pour la première fois de l'histoire dans l'arrêt *Foster v. Nielson*[702], le définissant comme le caractère d'une norme internationale qui produit des effets sans besoin de provision législative[703]. Reprise par la justice internationale, cette notion devient une interrogation sur l'intention des États parties de créer des droits pour les particuliers[704].

---

700 Cependant, certaines constitutions nationales traitent explicitement de la question de l'effet direct. Ainsi, l'article 19 de la Constitution du Kosovo (2008) prévoit que les accords internationaux ratifiés et publiés « sont directement applicables », sans aucune autre mention des critères de cette applicabilité. Une formule quasi-identique est présente à l'article 91 de la Constitution polonaise de 1997.

701 DUMORTIER Gaëlle, « L'effet direct des conventions internationales », *RFDA* 2012, p. 552.

702 *Foster & Elam v. Neilson*, 27 U.S. 2 Pet. 253 253 (1829). Certains commentateurs indiquent curieusement que les deux siècles écoulés depuis cette décision n'ont pas permis de forger un consensus sur les questions qui y étaient posées ; YOUNG Ernest, « Treaties as "part of our Law" », 88 *Texas Law Review* 91, 108 (2009).

703 Selon David Sloss, le concept de *self-execution* trouve ses origines dans le droit des contrats. Blackstone effectuait une distinction entre le contrat exécuté (*executed*) qui commande une action immédiate et le contrat exécutoire (*executory*) qui est différé dans le temps ; SLOSS David, « Non-self-executing treaties : exposing a constitutional fallacy », 36 *U.C. Davis L. Rev.* 1, 20 (2002).

704 CPJI, avis du 4 févr. 1932, *Traitement des prisonniers de guerre polonais à Dantzig*, Sér. A/B, n° 44.

Cela dit, cette fabrication judiciaire devient surtout un moyen utilisé par les juridictions nationales pour freiner l'application des conventions internationales[705]. Comme l'exprime Denys De Béchillon, la notion de l'effet direct :

> « Indique que nos juridictions, effrayées à la fois par la rigueur de certaines contraintes internationales surplombant nos lois et par l'étendue du pouvoir (et des risques) que ces règles leur confèrent, sont et seront encore tentées de contourner les difficultés juridiques les plus vives avant qu'elles ne se présentent pour de bon. L'annihilation en amont de la source même de tout conflit représente de ce point de vue une issue tout à fait confortable et efficace. Y compris s'il faut torturer un peu la rigueur juridique pour parvenir à ce résultat. Privé d'applicabilité, le 'mauvais' traité n'existe plus vraiment, et le corps des normes opposables au législateur reste contenu dans des limites 'raisonnables' [706]. »

**263. L'imbroglio conceptuel de l'effet direct.** La question de l'effet direct est « *ambiguë* »[707] et « *l'une des plus confondantes en droit des traités* »[708]. À notre sens, la première source de confusion est, *a priori*, terminologique. La notion est traditionnellement connue sous plusieurs appellations comme « *effet direct* », « *application directe* »[709], « *applicabilité directe* »[710] ou « *self-execution* »[711]. Toutes ces appellations revêtent plusieurs sens, gravitant autour de la même notion, sans vraiment être interchangeables. Ainsi, les facettes multiples de la notion nécessitent un travail de délimitation.

Par ailleurs, la recherche d'un effet est généralement postérieure à l'existence d'un fait et aux qualités intrinsèques de ce dernier pour produire l'effet. Le soleil possède un effet direct de lumière et de chaleur, mais c'est la fusion d'hydrogène qui, intrinsèquement, est capable de produire un tel effet. Étudier l'effet direct comme condition d'application d'une convention internationale est semblable à l'étude de la lumière comme source de l'énergie du soleil[712].

**264.** La deuxième raison de la confusion tient au fait que cette notion est devenue anachronique. L'effet direct a été élaboré à un moment de l'histoire où régnait une certaine vision des

---

705 Pour le juriste américain Jordan Paust, l'effet direct est « une notion qui est judiciairement inventée et qui est manifestement incompatible avec le langage exprès de la Constitution ». L'auteur offre une pléthore d'arguments dans le sens de cette affirmation ; V. PAUST Jordan, « Self-executing treaties », 82 *Am. J. Int'l L.* 760 (1988).

706 DE BECHILLON Denys, *op. cit.*, p. 227. De la même manière, la notion de l'effet direct a été utilisé par le Conseil d'État français comme frein à l'application des conventions internationales pour « contenir toute hypertrophie du corpus juridique » présentant « un risque de dépossession de sa tutelle sur l'ordre normatif administratif et de multiplication des créances des particuliers » ; TRIENBACH Mélanie, *Les normes non directement applicables en droit public français*, LGDJ, Bibliothèque de droit public, Tome 287, 2015, p. 104.

707 HUET André et KOERING-JOULIN Renée, *Droit pénal international*, 3ème éd., PUF, 2005, p. 18.

708 VASQUEZ Carlos, « Treaties as law of the land: the supremacy clause and the judicial enforcement of treaties », *op. cit.*, p. 601.

709 Cass. Crim., 14 juin 2005, *B.* 2005 I, n° 245, p. 207.

710 AUBERT Bernadette, *op. cit.*, p. 90.

711 La traduction française de cette terminologie en « auto-exécutoire » a été relevée au moins une fois dans la jurisprudence française ; V. CA Paris, Pôle 3, Ch. 4, 16 mars 2017, n° 14/03452, n° JurisData : 2017-023532.

712 Il a été avancé que la notion d'effet direct n'a pas de sens et qu'elle devrait disparaître du vocabulaire juridique pour plus de clarté et de compréhension. PAUST Jordan, *op. cit.*, p. 783.

conventions internationales : des instruments qui régissent principalement des relations interétatiques et ne consacrent des droits pour les particuliers que sur un plan secondaire. Cette vision n'est plus d'actualité. De la même manière que la doctrine abandonne la dichotomie monisme-dualisme, elle doit pareillement abandonner l'un des produits de cette vision. Le monde globalisé, proche, ouvert, a produit un droit international qui met le curseur sur les droits individuels. Cette réalité ne laisse plus de place à l'ancienne conception de l'effet direct qui devrait répondre aux exigences des relations internationales actuelles.

**265.** La dernière cause de confusion est liée à l'omniprésence de cette notion dans toutes les branches de droit dans lesquels se pose la question de l'application des conventions internationales. Elle a été forgée hors de l'espace pénal et il faut désormais l'adapter et la faire évoluer pour répondre à la spécificité de cette branche de droit intimement liée à la souveraineté, à la liberté individuelle et aux droits fondamentaux.

**266. Une construction de « l'effectivité pénale ».** Pour les raisons précédentes, nous proposons le terme « *effectivité pénale* » pour remplacer celui de l'effet direct et ses équivalents.

La notion d'effectivité « *n'est pas, en général, définie par le législateur, ni même par la jurisprudence. Elle ne correspond pas à une catégorie juridique bien définie et recouvre plusieurs significations* »[713], traduisant ainsi un certain « *pluralisme sémantique* »[714]. Dans les dictionnaires juridiques français, la notion de l'effectivité désigne « *le caractère d'une règle de droit qui produit l'effet voulu, qui est appliquée réellement* »[715]. Dans le domaine du droit international public, il serait fait référence à une situation réelle comme l'effectivité d'un blocus, d'une nationalité ou d'une occupation de territoire[716]. Dans la sphère du droit international privé, en matière de conflits de lois surtout, la solution *lex mercatoria* est fruit d'une conception semblable[717].

**267. L'effectivité en droit pénal.** Quand l'effectivité est étudiée en matière pénale, l'analyse porte également sur l'effet réel ou concret de la norme pénale pour raison que « *le droit se reconnaît à son effet* »[718]. Philippe Conte fait le lien entre effectivité et application :

> « Il semble que l'effectivité d'une règle dépende de son application : elle a été conçue pour cela et tel est donc son 'effet' caractéristique. La règle ineffective est par conséquent celle qui n'est pas appliquée, l'infraction ineffective, celle qui n'est pas sanctionnée »[719].

---

713 RICHARD Vincent, *Le droit et l'effectivité : contribution à l'étude d'une notion*, Thèse, Université Paris II, 2003, p. 9.

714 *Ibid.*, p. 13.

715 CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique*, PUF, 11e éd., 2016, p. 388. Pour le domaine de la sociologie du droit, on entend par effectivité le « degré de réalisation, dans les pratiques sociales, des règles énoncées par le droit » ; ARNAUD André-Jean, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, 2e éd., 1993, p. 130.

716 *Ibid.*

717 RICHARD Vincent, *op. cit.*, p. 121 et s.

718 CONTE Philippe, « 'Effectivité', 'Inefficacité', 'Sous-effectivité', 'Sur-efficacité'… : variations pour droit pénal », *in Le droit privé français à la fin du XXe siècle : études offertes à Pierre Catala*, Litec, 2001, p. 126.

719 *Ibid.*, p. 128.

Ainsi, pour être effective, la violation de l'infraction doit être accompagnée de réaction, entendre « *sanction étatique* ». Si le prononcé de la peine est assorti de sursis ou fait l'objet de modifications d'exécution ultérieures, l'auteur estime que l'ineffectivité n'est pas absolue, mais plutôt relative. La réaction pénale maintient une certaine effectivité, que ce soit au niveau des mesures de remplacement ou au niveau de la déclaration officielle de culpabilité[720]. On peut lire, dans la même ligne, la définition fournie dans une thèse intitulée *l'effectivité de la sanction pénale*. La sanction pénale est considérée comme effective si elle produit des effets conformes à la finalité qui lui est assignée[721].

**268. L'effectivité en criminologie.** Du côté des criminologues, la notion d'effectivité se dissocie de l'application et se rapproche de celle d'efficacité[722]. Ainsi, une norme pénale effective est celle qui produit l'effet cherché par son auteur, « *dès lors que l'on considère que son existence a permis de dissuader les individus de commettre l'infraction* »[723].

**269.** Il semble alors que, de manière générale, l'effectivité est conçue comme une évaluation de l'impact de la norme juridique[724], y compris la norme pénale, *in concreto*. Pour notre étude, le terme sera employé différemment pour qualifier la phase antérieure à la concrétisation d'un effet. Il s'agit plutôt d'une analyse des qualités de la norme avant qu'elle produise un effet, avant son application, plus précisément « *la capacité de la norme à engendrer un effet* »[725].

**270.** À ce stade, il est important de préciser que le terme « *effectivité* » a été préféré à celui d' « *applicabilité* ». Cette dernière est parfois définie comme l'aptitude structurelle de la norme à régir une situation juridique[726]. Bien que cette définition de l'applicabilité renvoie aux qualités intrinsèques de la norme, nous lisons ce terme comme la conséquence de la réunion d'un

---

720 *Ibid.*, p. 127.

721 TZUTZUIANO Catherine, *L'effectivité de la sanction pénale*, Thèse, Université de Toulon, 2015, p. 461.

722 V. JAGER Matjaz, « Effectivité, efficience et nouvelle économie de la procédure pénale », *in* MASSÉ Michel et al. (dir.), *Un droit pénal postmoderne ? Mise en perspective des évolutions et ruptures contemporaines*, PUF, coll. Droit et justice, 2009, p. 327-338.

723 DESESSARD Laurent, « Rapport introductif », *in* DANTI-JUAN Michel (dir.), *L'ineffectivité des peines*, XX^es^ journées d'étude de l'institut de Sciences criminelles de Poitiers, LGDJ, 2015, p. 14. Dans les mêmes travaux, Jean Pradel précise que la notion d'effectivité implique « une comparaison entre le modèle normatif de conduite et les conduites réelles des usagers du droit ». Cette vision est inspirée par la définition du sociologue Pierre Lascoumes selon laquelle l'effectivité signifie « le degré de réalisation dans une pratique sociale des règles énoncées par le droit ». V. *Ibid.*, p. 9.

724 Pour plus de développements sur cette notion d'effectivité, V. LEROY Yann, « La notion d'effectivité du droit », *Droit et société,* 2011, n° 79, p. 715-732.

725 On s'interroge si c'est ce que voulait dire le Conseil constitutionnel français par « portée normative ». V. Cons. Const. 21 avril 2005, n° 2005-512 DC, *Recueil* p. 72 ; une décision selon laquelle si la loi est l'expression de la volonté générale, elle doit avoir « vocation d'énoncer des règles de droit et doit par la suite être revêtue d'une *portée normative* ». Carl Stumpf utilise la même conception du terme « effectivité » que la nôtre dans son ouvrage ; V. STUMPF Carl, FISETTE Denis, *Renaissance de la philosophie : quatre articles*, Librairie philosophique J. Vrin, 2006, p. 284.

726 TRIENBACH Mélanie, *op. cit.*, p. 22.

ensemble de qualités, comme un dernier mot. Une norme ne peut être applicable que lorsqu'elle est pénalement effective.

**271. Inspiration philosophique.** Cette vision de l'effectivité comme préalable à la concrétisation d'un effet correspond à la conception aristotélicienne du mouvement. Pour le philosophe grec, le mouvement est la concrétisation d'un potentiel[727]. Un bloc de marbre possède intrinsèquement le potentiel de devenir statue d'ange ou de cheval. L'effectivité implique donc d'analyser les qualités du marbre avant d'étudier la statue qui constitue son effet somptueux. De la Métaphysique d'Aristote[728], ce concept s'incarne dans la physique moderne dans la notion d'« *énergie potentielle* », forgée par William Rankine en 1853[729], un potentiel qui se transforme en énergie cinétique, synonyme de mouvement, son effet visible.

Ainsi, si l'effectivité pénale correspond à un bloc de marbre qui peut se transformer en statue par le travail du juge sculpteur, on peut proposer une définition de cette notion qui correspond à « *la capacité de la norme internationale à engendrer des effets dans l'ordre pénal interne* ». Mieux la norme pénale accumule des qualités, plus s'intensifiera son effectivité pénale et plus son effet sera visible[730].

**272. Les nuances de l'effectivité pénale.** L'effectivité ainsi conçue se présente comme une notion graduelle et elle est plus riche que le couple présence-absence d'effet direct. Face à cette dernière classification manichéenne, l'effectivité pénale est objet de nuances, permettant une application directe ou indirecte selon le degré de son intensité. Une plus grande effectivité engendre une application directe permettant à la convention de se substituer à la norme pénale nationale ou de l'écarter dans certains cas. Quand on descend dans l'échelle d'effectivité, d'autres techniques d'application indirecte peuvent être repérées. Une norme internationale

---

727 KOSMAN Aryeh, « Aristotle's definition of motion », 14 *Phronesis* 40, 41 (1969).

728 Pour un article qui trace la question dans l'œuvre d'Aristote, V. MOREL Pierre-Marie, « Matière et philosophie première. À propos du livre H de la *Métaphysique* d'Aristote », *Philonsorbonne* n° 10, 2016, p. 153-168.

729 William RANKINE l'a ainsi exprimé dans un journal scientifique : « The step which I took in 1853, of applying the distinction between "Actual Energy" and "Potential Energy, " not to motion and mechanical power alone, but to all kinds of physical phenomena, was suggested to me, I think, by Aristotle's use of the words duvnami and enevrgeia » ; cité dans MCLAUGHLIN Thomas, « Act, potency, and energy », 75 *The Thomist* 207, 208 (2011).

730 Une conception semblable de notre vision de l'effectivité a été proposée par Prosper Weil à l'égard des normes du droit international. Dans un premier temps, l'auteur analyse la normativité comme un seuil, comme une ligne de partage « entre le pré-juridique et le juridique ». Il démontre ensuite que les évolutions du droit international remettent en question cette vision. « À la normativité conçue jusqu'ici comme un bloc unique tend à succéder une normativité graduée ». Avec la théorie du *jus cogens* et la distinction entre obligations internationales dans le domaine de la responsabilité internationale, les normes internationales n'ont pas la même force juridique. Cependant, il ne s'agit pas d'une hiérarchisation au sein du droit international dans le sens de poser des règles suprêmes de référence, puisque l'origine formelle (convention, coutume, etc.) d'une norme n'influe guère sur sa classification dans la catégorie de *jus cogens* à titre d'exemple. Il s'agit plutôt d'une différenciation d'ordre matériel fondée sur la nature particulière de la matière à laquelle s'applique la norme internationale. Par conséquent, « la gradation ne s'effectue plus ici entre les normes et les non-normes, mais au sein des normes les plus incontestablement situées en aval du seuil de normativité ». WEIL Prosper, « Vers une normativité relative en droit international ? », *RGDIP*, 1982, p. 5-47.

qui définit une incrimination sans déterminer la sanction est dépourvue d'effet direct selon la conception classique, mais cela n'empêche pas de l'utiliser comme une référence de conformité ou une source interprétative de la loi nationale, donc lui trouver un certain effet[731]. Pour le juge, la notion de l'effectivité confère à la « *force de loi* » de la convention son plein sens.

**273.** Le domaine de l'astrophysique peut nous offrir des leçons pour la gradation de l'effectivité pénale. Chaque corps céleste ayant une masse possède conséquemment une gravité. L'intensité de cette gravité dépend proportionnellement de la masse du corps. Ainsi, la gravité sur la Lune est six fois moins importante que la gravité sur la Terre. La gravité est une qualité inhérente nonobstant son effet direct « *attirant* » la pomme au centre de la Terre ou l'homme à celui de la Lune. Pour une convention internationale, l'équivalent de la gravité est son « *effectivité* ». Plus la norme internationale réunit les qualités exigées par le droit pénal, plus sa gravité est importante, équivalent de sa capacité à engendrer un effet. Une gravité qui s'approche de zéro aura pour conséquence de faire échapper la solution juridique à la surface de la planète internationale (V. annexes n° 2 et n° 3).

**274. Plan.** Pour pouvoir produire des effets dans l'ordre pénal interne, une norme internationale doit réunir, selon le contexte, des qualités requises par le principe de légalité d'un côté (chapitre I) et le critère de justiciabilité de l'autre (chapitre II). Le premier critère est exigé pour les normes pénales classiques, alors que le second conditionne les arguments avancés en cadre de défense. Ainsi, ces deux conditions ne sont pas cumulatives[732]. Le principe de légalité impose les qualités de complétude de la norme pénale et de sa précision, alors que la justiciabilité est comprise comme la possibilité de faire valoir un droit conventionnel dans un procès pénal. Quand le droit conventionnel est justiciable, il peut être invoqué par l'individu comme moyen de défense dans le cadre d'une poursuite nationale.

---

731 Comme en témoigne la pratique de la Cour suprême des Pays-Bas ayant interprété le code pénal à la lumière de l'article 1 de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale ; HR 2 May 1995, NJ 1995, 621 ; cité dans BETLEM Gerrit and NOLLKAEMPER André, « Giving effect to Public International Law and European Community Law before domestic courts. A comparative analysis of the practice of consistent interpretation », 14 *EJIL* 569, 577 note 38 (2003).

732 Pour les internationalistes, les critères généraux de l'effectivité des conventions internationales sont la précision de la décision invoquée, la perfection ou « le fait qu'elle n'appelle pas de mesure nationale complémentaire pour son application » et le troisième critère est l'objet de conférer des droits aux particuliers. V. à titre d'exemple, ALLAND Denis, « L'applicabilité directe du droit international considérée du point de vue de l'office du juge : des habits neufs pour une vieille dame ? », *RGDIP* 1998, I, p. 221.

# CHAPITRE I.

# DES QUALITÉS REQUISES PAR LE PRINCIPE DE LÉGALITÉ

**275.** « *Les États pourraient bien accepter un système moniste avec prépondérance internationale dans tous les domaines juridiques, sauf dans le domaine du droit pénal, où ils garderaient une préférence pour le système dualiste, ou en tout cas montreraient une réticence certaine pour appliquer directement le droit international pénal non incorporé par le droit national* »[733]. Cet exceptionnalisme juridique est justifié, au-delà du rattachement à une idée de la souveraineté nationale, par les principes de droit pénal au centre desquels trône *nullum crimen sine lege*.

**276. L'affirmation du principe de légalité en droit américain.** Si la centralité du principe de légalité est évidente dans les systèmes français[734] et égyptien[735], elle n'en est pas moindre en droit américain. Outre-Atlantique, la légalité n'est pas expressément visée par la Constitution américaine, mais elle est tirée du droit à un procès équitable consacré par les cinquième et quatorzième amendements et du principe de la non-rétroactivité des lois du sixième amendement[736]. Le principe puise ses origines dans l'article 39 de la Magna Carta selon lequel un homme libre ne peut être emprisonné sans un jugement rendu par ses pairs ou une législation du pays[737]. Ainsi, la règle traditionnelle veut que le juge ne puisse « *créer* » de nouvelles infractions de *common law* en se basant sur les principes généraux[738], mais l'existence d'un précédent criminalisant un comportement suffit pour répondre aux exigences du principe. Par respect de la répartition du *jus puniendi* national entre gouvernement fédéral et États fédérés, la Cour suprême américaine est même allée plus loin, indiquant qu'il n'existe pas de *common law* fédéral en matière d'infractions. Avant d'engager une poursuite fédérale, « *l'autorité législative de l'Union doit d'abord criminaliser un acte, lui fixer une peine et déclarer la Cour*

---

733 HENZELIN Marc, « Droit international pénal et droits pénaux étatiques. Le choc des cultures », *in* HENZELIN Marc et ROTH Robert (dir.), *Le droit pénal à l'épreuve de l'internationalisation*, LGDJ/GEORG/Bruylant, 2002, p. 110.

734 V. PRADEL Jean, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 113 et s. ; RASSAT Michèle-Laure, *op. cit.*, p. 93 et s. ; DESPORTES Frédéric et LE GUNEHEC Francis, *op. cit.*, p. 145 et s.

735 MUSTAFA Amin, *Qanun al-o'koubat al-qesm al-a'm (Droit pénal général)*, Manshurat Al-Halabi, 2010, Beyrouth, p. 19. Pour un arrêt constitutionnel, V. HCC (Egy), 15 mars 1997, Req. n° 84, année judiciaire 17, consulté sur : *eastlaws.com*.

736 BROYLES Scott, *Criminal Law in the USA*, Wolters Kluwer, coll. Law & Business, Pays-Bas, 2011, 53.

737 « No freeman shall be taken or imprisoned […] except by the lawful judgement of his peers or by the law of the land ». Pour une présentation détaillée de l'origine historique du principe en *Common Law*, V. Brief of Cato Institute and Rutherford Institute as *Amici curiae* in support of Petitioners, *Jones v. United States*, 26 juin 2014.

738 ARMSTRONG Heyward, « *Rogers v Tennessee*: an assault on legality and due process », 81 *N.C. L. Rev.* 317, 323 (2002).

*compétente* »[739]. Dans *Bouie v. City of Columbia*, la Cour suprême note qu'une personne condamnée pour un acte « *qui n'est pas énuméré par la loi* » est inconstitutionnellement privée de sa liberté[740].

**277.** Dans les dix premières années de son existence, la Cour mettait déjà à l'épreuve les contours de la règle constitutionnelle *ex post facto*, considérant inconstitutionnelle toute loi qui punit rétroactivement des comportements antérieurement licites[741]. Généralement comprise comme toute loi appliquée « *après les faits* », la Cour suprême précise, plus récemment, que la règle *ex post facto* s'applique exclusivement aux lois criminelles, contribuant par la suite à la fameuse « *spécificité du droit pénal* »[742]. En outre, l'exigence d'une certaine qualité de la loi pénale, à savoir la prévisibilité et la précision, a été affirmée à plusieurs reprises[743]. Enfin, le mouvement de « *sur-criminalisation* »[744] et de codification du droit pénal dans les États[745], ainsi que l'exigence de la promulgation d'une loi pour créer les infractions fédérales[746], rapprochent fortement le principe de l'esprit de sa conception romano-germanique[747].

**278.** Ainsi, le choix du principe de légalité[748] comme premier facteur de l'effectivité pénale s'impose naturellement[749]. La légalité reflète généralement deux niveaux. D'un point de vue formel, le

---

739 *United States v. Hudson & Goodwin*, 11 U.S. (7 Cranch) 32 (1812). La question posée à la Cour suprême était de savoir si les Cours fédérales étaient compétentes pour juger des infractions contre l'État, notamment la diffamation, à laquelle elle a répondu par la négative.

740 *Bouie v City of Columbia*, 378 U.S. 347 (1964): « The crime for which these petitioners stand convicted was "not enumerated in the statute" at the time of their conduct. It follows that they have been deprived of liberty and property without due process of law in contravention of the Fourteenth Amendment ». V. également, *Miller v. Florida*, 482 U.S. 423 (1987): « the Clauses were aimed at a second concern, namely, that legislative enactments "give fair warning of their effect and permit individuals to rely on their meaning until explicitly changed"».

741 *Calder v. Bull*, 3 Dall. 386 (1798), confirmé plus tard dans *Cummings v. Missouri*, 71 US 277 (1867). Il y a eu une instance dans l'histoire de la Cour dans laquelle elle a plutôt fondée le principe de la non-rétroactivité de la loi pénale sur la clause du procès équitable (*Due process clause*) du 14ème amendement. V. *Bouie v City of Columbia*, *op. cit.*

742 *Collins v. Youngblood*, 497 U.S. 37 (1990). Plus récemment, la Cour suprême précise que le principe de la non-rétroactivité des lois pénales est au service « des intérêts […] de la prévention de l'arbitraire et de l'usage vindicatif des lois » ; *Rogers v. Tennessee*, 532 U.S. 451 (2001).

743 V. à titre d'exemple *Connally v. General Construction Co.*, 269 U.S. 385 (1926) ; *Lanzetta v. New Jersey*, 306 U.S. 451 (1939) et *Pierce v. United States*, 314 U.S. 306 (1941).

744 Actuellement, le droit pénal fédéral comprend plus de 4000 infractions codifiées. Sur cette question, V. BYRNE HESSICK Carissa, « Vagueness principles », 48 *Ariz. St. L.J.* 1137 (2016).

745 Selon *The American Law Institute*, le modèle de code pénal publié par cet établissement a joué un rôle important dans la révision et la codification du droit pénal substantiel de 34 États ; *Complete text of the model penal code as adopted at the 1962 Annual Meeting of the American Law Institute at Washington*, The American Law Institute, 1985, p. xi.

746 Les lois criminelles fédérales sont réunies, dans leur majorité, au titre 18 du code fédéral des États-Unis. D'autres infractions sont inscrites dans d'autres titres du même code.

747 Pour des juristes des deux côtés de l'Atlantique, ce travail de codification reste à perfectionner. V. PRADEL Jean, *Droit pénal comparé*, 4e éd., Dalloz, 2016, p. 804 et s. ; O'SULLIVAN Julie, « The Federal Criminal Code Is a Disgrace: Obstruction Statutes as Case Study », 96 *J. Crim. L. & Criminology* 643 (2005-2006).

748 La légalité correspond, selon Claude Lombois, à la textualité, garantie de la liberté individuelle ; V. LOMBOIS Claude, *Droit pénal général*, Hachette, 1994, p. 13.

principe traditionnellement signifiait que seule une loi, émanation de la souveraineté démocratique, peut déterminer les incriminations et les peines[750]. Avec l'entrée en jeu d'autres sources, à savoir les conventions internationales, cette conception traditionnelle semble fragilisée. Pour les fins de notre étude, la facette formelle du principe de légalité implique une qualité de complétude, spécifique à la norme internationale créatrice d'infraction[751], exigeant qu'elle réunisse les composantes d'incrimination et de sanction (Section I).

**279.** D'un point de vue matériel, le principe de légalité exprime la « *régularité juridique* »[752], la conformité à « *l'ordonnancement juridique* »[753], une certaine « *qualité* »[754]. La norme pénale doit être accessible et prévisible. Nous préférons retenir le terme « *précise* »[755], assez large pour conditionner l'effectivité pénale et des règles de fond et des règles de forme. Ainsi, la précision est une condition d'effectivité commune à toutes les normes pénales de source conventionnelle (Section II).

---

749 Méthodologiquement, la légalité est examinée avec l'effectivité et non pas comme critère de la validité substantielle parce ce que ce principe n'a pas pour objectif de « poser la supériorité d'une norme sur une autre, mais plutôt s'assurer que la loi pénale demeure conforme à cet impératif originaire » ; BEAUSSONIE Guillaume, « Prolégomènes à l'étude de la force normative de la loi en droit pénal contemporain », *in* THIBIERGE Catherine et al., *La force normative : naissance d'un concept*, LGDJ, 2009, p. 364.

750 Selon Beccaria, « la première conséquence de ces principes est que les lois seules peuvent déterminer les peines des délits et que ce pouvoir ne peut résider que dans la personne du législateur, qui représente toute la société unie par un contrat social » ; BECCARIA Cesare, *Des délits et des peines*, 1764, Flammarion, 1991, p. 65.

751 Ce que Michèle-Laure RASSAT appelle « l'exigence d'une règle préalable […] indispensable à la protection de la liberté individuelle » ; RASSAT Michèle-Laure, *op. cit.*, p. 94.

752 DESPORTES Frédéric et LE GUNEHEC Francis, *op. cit.*, p. 135.

753 *Ibid.*, p. 136.

754 PRADEL Jean, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 115.

755 C'est d'ailleurs le choix privilégié par Claude Lombois qui remarque qu'il n'y a pas d'infraction sans texte suffisamment précis ; LOMBOIS Claude, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 13.

## SECTION I.
## LA COMPLÉTUDE, CONDITION SPÉCIFIQUE AUX NORMES INTERNATIONALES CRÉATRICES D'INFRACTIONS

**280. L'incrimination et la sanction.** En droit pénal, l'infraction est définie comme « *toute action ou omission que la société interdit sous la menace d'une sanction pénale* »[756]. Deux éléments constitutifs de l'infraction sont déduits de cette définition : d'une part l'incrimination[757], c'est-à-dire le comportement prohibé par la loi, et d'autre part, la peine qui la sanctionne. « *Il ne peut y avoir d'infraction pénale si l'un de ces deux éléments fait défaut. Un interdit ou une obligation qui n'est pas pénalement sanctionnée n'est pas une infraction* »[758]. Transposer cette conception de l'infraction dans notre sujet produit la question suivante : existe-t-il une infraction complète créée internationalement dont l'application -par le juge national- ne nécessite pas l'intervention du législateur ?

**281. La contextualisation de la complétude en matière pénale.** La question ainsi posée donne une dimension différente à la notion de *self-execution* ou de celle de l'effet direct des conventions internationales lorsqu'elles pénètrent l'espace pénal. Consacrée par l'intemporel arrêt *Foster v. Neilson*[759], l'auto-exécution traduit le « *caractère complet de la norme qui, au sens littéral, ne nécessite pas de complément interne* »[760]. Selon le juge Marshall, qui examinait les conditions d'application du traité de San Ildefonso de 1800[761], une convention ne peut être appliquée dans le cas où elle s'adresse plutôt au pouvoir politique qu'au juge ; il revient au législateur d'« *exécuter* » l'obligation conventionnelle avant qu'elle devienne une règle pour les

---

756 PRADEL Jean, *Droit pénal général*, 21e éd., Cujas, 2016, p. 257. La doctrine égyptienne s'aligne en général sur cette définition, ajoutant parfois des détails comme le but de protection d'un bien juridique déterminé ; V. MUSTAFA Amin, *op. cit.*, p. 105. Quant au droit américain, une attention est portée à la procédure pénale dans la définition. Une infraction s'entend ainsi comme « une action ou une omission qui viole la loi et qui peut être suivie de poursuite dans une procédure pénale ayant pour conséquence, à la suite de condamnation, le prononcé d'une peine ». V. ALLEN Michael J., *Textbook on Criminal Law*, 13e éd., Oxford University Press, 2015, p. 1.

757 Il faut relever que des auteurs, comme le Professeur Pradel, utilisent le mot « incrimination » pour nuancer le travail du législateur par rapport à l'individu qui commet « l'infraction », V. PRADEL Jean, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 245-246 et CORNU Gérard, *op. cit.*, p. 536-537. Cependant, on préfère plutôt employer incrimination comme composante de l'infraction, suivant ainsi Frédéric Desportes et Francis Le Gunehec. DESPORTES Frédéric et LE GUNEHEC Francis, *Droit pénal général*, 15e éd., Economica, 2008, p. 9.

758 DESPORTES Frédéric et LE GUNEHEC Francis, *op. cit.*, p. 9.

759 *Foster & Elam v. Neilson*, 27 U.S. 2 Pet. 253 (1829).

760 TAXIL Bérangère, *op. cit.*, p. 165.

761 Il s'agit du traité secret par lequel la Louisiane a été cédé à la France par l'Espagne avant de devenir le 18ème État américain quelques années plus tard après son acquisition par le traité de Paris de 1803.

tribunaux[762]. Le caractère complet de la convention internationale créatrice d'infraction signifie qu'elle doit réunir les deux éléments d'incrimination et de sanction pour répondre au volet formel du principe de légalité. En d'autres termes, la convention internationale ne nécessite pas d'être « *complétée* » par une loi nationale ; elle se trouve en autarcie normative.

**282. Les cas pratiques d'infractions conventionnelles complètes.** Or, « *sauf de rarissimes exceptions, le droit international ne contient pas de sanctions pénales* »[763]. Parmi ces exceptions, André Huet et Renée Koering-Joulin relèvent l'exemple de la Convention révisée pour la navigation du Rhin, signée à Mannheim le 17 octobre 1868[764]. Selon son article premier, la navigation du fleuve sera libre aux navires de toutes les nations signataires « *à la condition de se conformer aux stipulations contenues dans la présente Convention et aux mesures prescrites pour le maintien de la sécurité générale* » par un organisme international créé par la convention. L'une des missions de cet organisme est l'adoption de règlements de police dont la violation est sanctionnée par amende en vertu de l'article 32 du texte international[765]. Ainsi, non seulement l'incrimination est soustraite au pouvoir souverain[766], mais « *il est remarquable que les Conventions de Mannheim et de Luxembourg ont privé les États contractants de leur pouvoir de fixer les peines en les déterminant elles-mêmes* »[767]. Ce dispositif pénal a été appliqué à plusieurs reprises par des juridictions françaises spécifiquement désignées pour ce rôle[768].

**283.** Un deuxième exemple est présenté par la Convention entre la France et l'Espagne relative à la pêche en Bidassoa et baie du Figuier[769]. Ce traité de démarcage prévoit une interdiction de pêche « *aux Français sur le rivage espagnol, aux Espagnols sur le rivage français* »[770], ainsi que des périodes d'abstinence et des produits prohibés[771]. Les contraventions à la convention sont

---

762 *Foster & Elam v. Neilson*, *op. cit.* Pour une analyse détaillée, V. SLOSS David, « Executing *Foster v. Nielson*: the two-step approach to analyzing self-executing treaties », 53 *HILJ* 135 (2012).

763 ROBERT Jacques-Henri, *Droit pénal général*, 5e éd., PUF, 2001, p. 109.

764 HUET André et KOERING-JOULIN Renée, *Droit pénal international*, 3ème éd., PUF, 2005, p. 47.

765 « Les contraventions aux prescriptions de police en matière de navigation, établies pour le Rhin d'un commun accord par les Gouvernements des États riverains, seront punies d'une amende d'un montant correspondant au minimum à 3 et au maximum à 2500 Droits de tirage spéciaux sur le Fonds monétaire international convertis dans la monnaie nationale de l'État dont relève l'administration qui prononce la sanction ou la juridiction saisie ».

766 Pour des exemples d'obligations prescrites par les règlements de police émanant de la Commission centrale, V. HUET André et KOERING-JOULIN Renée, *op. cit.*, p. 48.

767 *Ibid.*, p. 49.

768 V. surtout Cass. Crim., 6 mai 1969, *Bull. crim.*, n° 153 dans lequel est cité l'arrêt du tribunal de la navigation du Rhin de Strasbourg ayant condamné l'accusé à 30 francs d'amende par l'effet conjugué d'un règlement de police et l'article 32 de la Convention de Mannheim. V. également Cass. Crim., 11 juin 1975, *Bull. crim.*, n° 153, p. 429 dans lequel est attaquée une décision du tribunal d'appel pour la navigation du Rhin ayant prononcé une amende de 600 francs « pour infractions au règlement de police pour la navigation du Rhin ».

769 Publiée en France par décret n° 65-173 du 4 mars 1965, *JO* 9 mars 1965, p. 1893.

770 Article 11.

771 Article 12 à 22.

punies d'amende et d'emprisonnement, ainsi que de la confiscation du produit de la pêche et de la confiscation et la destruction des instruments de pêche défendus[772].

**284.** D'autres exceptions du principe que le « *droit international ne contient pas de sanctions pénales* » peuvent être trouvée loin des trois États comparés. Nous les rapportons quand même pour servir comme illustrations supplémentaires. Ainsi, le Code international de la navigation et des transports sur le fleuve Sénégal prévoit des peines variables d'amende et d'emprisonnement pour la violation de plus de trente comportements définis par l'instrument international.

Par ailleurs, le Conseil de coopération des Pays du Golfe a conclu en janvier 2003 une législation douanière commune (*Common Customs Law*). Ce texte international prévoit, dans son article 80, la prohibition de l'admission d'une liste de sept produits différents dans les zones franches et les boutiques hors taxes. Quant à la sanction de ce comportement, l'article 145 détermine des peines principales d'amende et d'emprisonnement ainsi qu'une peine complémentaire de confiscation. C'est ainsi que la Cour de cassation de Dubaï a conjugué l'application de ces deux normes internationales pour maintenir la qualification criminelle dans une affaire de contrebande en 2005[773].

**285.** À part ces « *rarissimes exceptions* », ainsi que l'hypothèse théorique de l'applicabilité directe par le juge pénal national du statut de la Cour pénale internationale[774], il nous semble que les normes internationales sont caractérisées par une incomplétude spécifique leur conservant surtout un rôle prépondérant dans l'incrimination mais beaucoup plus limité dans la répression (§ 1). Par conséquent, le juge pénal se tourne généralement vers le « *complément national* » qui anoblit l'incrimination internationale en une infraction effective (§ 2).

---

772 Article 35.

773 V. Cour de cassation de Dubaï, 22 octobre 2005, Req. n° 303, année 2005, consulté sur : *eastlaws.com*.

774 CAHN Olivier, « L'hypothèse de l'applicabilité directe des dispositions matérielles du Statut de Rome par le juge pénal français », *in* PLAIS Pascal et ROETS Damien (dir.)*, L'adaptation du droit pénal français à l'institution de la Cour pénale internationale*, Institut Universitaire Varenne, coll. Transition et Justice, 2018, p. 37-57. L'auteur soulève l'hypothèse de la carence de la loi n° 2010-930 (portant adaptation du droit pénal à l'institution de la Cour pénale internationale) : « en matière de crime d'agression, le juge pénal français serait fondé à faire application des dispositions du Statut de Rome » (p. 42-43). De surcroît, l'article 689-11 prévoit une compétence universelle pour les juridictions française en matière de crimes prévus par le Statut. L'auteur appelle à la distinction entre compétence juridictionnelle et législative « pour permettre au juge pénal français d'appliquer les dispositions matérielles du Statut de Rome » (p. 46). Dans le cas des étrangers ayant commis des infractions à l'étranger contre des étrangers, « il n'y a […] aucun obstacle à ce que le juge français fasse application de la loi internationale en la matière », du moment que le Statut comprend une description des éléments constitutifs des crimes et une définition des sanctions, « complétées et éclairées par les 'éléments de crime' et la jurisprudence des tribunaux internationaux *ad hoc* » (p. 44).

## § 1. UNE INCOMPLÉTUDE CARACTÉRISTIQUE DES NORMES INTERNATIONALES CRÉATRICES D'INFRACTIONS

**286.** Dans le monde actuel, la frontière qui distingue le national de l'international devient un espace politique nouveau qui change continuellement, s'élargissant et se rétrécissant selon les cas[775]. C'est au niveau de cette frontière qui confronte des souverainetés distinctes que se situe le travail du juge pénal actuellement. Toujours regardé comme un pouvoir régalien, le droit national de punir conditionne par ses principes la complétude de l'infraction de source internationale (A). Par ailleurs, cette complétude est facteur de l'approche même du mouvement de l'internationalisation du droit pénal qui prend en considération les divergences entre les systèmes répressifs nationaux (B).

### A. LE DROIT PÉNAL COMME ATTRIBUT DE LA SOUVERAINETÉ

**287. En droit américain.** Selon le *Restatement (third) of Foreign Relations Law*[776] américain :

> « Un accord international qui crée une infraction internationale (à savoir le génocide) ou qui exige des États parties de punir certains comportements (à savoir le détournement) ne fait pas, par lui-même, partie du droit pénal des États-Unis, mais il nécessite que le Congrès promulgue une loi fédérale appropriée avant qu'un individu puisse être poursuivi ou sanctionné pour la commission de l'infraction »[777].

Ce texte constitue une codification de la pratique judiciaire américaine en la question, déclarant les normes internationales créatrices d'infractions comme frappées d'une incomplétude caractéristique au regard des exigences normatives du droit pénal national[778].

**288.** Même si le *Restatement* est amplement investi par les juridictions américaines[779], il est préférable de citer des exemples de la jurisprudence qu'il codifie. *The Over the Top*[780] semble être la première affaire dans laquelle la question fut posée à une cour fédérale. Au moment de

---

775 V. ROSENAU James, *Along the domestic-foreign frontier: exploring governance in a turbulent world*, Cambridge University Press, 1997, 488 p.

776 Il s'agit d'une publication faite par *The American Law Institute* qui codifie la pratique judiciaire des tribunaux américains dans l'application du droit international. Même s'il ne possède pas de valeur juridique impérative, il est régulièrement cité par les cours fédérales comme motif dans les décisions mettant en jeu des conventions internationales. Selon Bérangère Taxil, il « n'est donc pas un texte officiel, mais une codification officieuse et doctrinale du droit international. Pourtant, c'est bien sur ce texte que se fondent les juridictions américaines dès qu'elles font face à un traité international » ; TAXIL Bérangère, « Les critères de l'applicabilité directe des traités internationaux aux États-Unis et en France », *RIDC* 2007, Volume 59, Numéro 1, p. 160-161.

777 § 111, cmt. i.

778 Les juridictions pénales russes sont également interdites d'appliquer les normes internationales comportant des incriminations. V. Cour suprême, résolution n° 5, 10 octobre 2003, cité dans LAGRANGE Evelyne, *op. cit.*, p. 505, note 606.

779 Pour un arrêt de la Cour suprême, V. *Boos v. Barry*, 485 U.S. 312 (1988) ; pour un exemple d'arrêt d'une cour fédérale, V. *Chubb & Son, inc. v. Asiana Airlines*, 214 F.3d 301 (2nd Cir. 2000).

780 *The Over the Top v. Bissell*, 5 F.2d 838 (D. Conn. 1925).

l'institution de la prohibition d'alcool aux États-Unis dans les années 1920, une convention a été conclue avec la Grande Bretagne selon laquelle la violation des lois américaines en la matière par les bateaux britanniques pourrait être poursuivie par les autorités américaines, dans certaines conditions, au-delà de la limite de compétence pénale dans la mer territoriale. Selon ses articles 2 et 3, « *l'infraction aux lois des États-Unis* » et sa tentative sont punies d'amende ainsi que de la confiscation du vaisseau et des produits illicites.

*The Over the Top* était un bateau britannique, se trouvant au-delà de la mer territoriale américaine, dont le capitaine a été incité à commettre l'infraction de vente de produits alcooliques par des agents publics. Les poursuites ayant été exercées sur la base de la convention précitée, la cour fédérale considère que :

> « Ce n'est pas l'une des fonctions des traités de promulguer […] le droit pénal d'une nation. Pour cet objectif, aucun traité n'est *self-executing* (auto-exécutoire). […] Il est certain qu'aucune disposition du droit pénal de ce pays n'a jamais été édictée par une convention »[781].

La Cour relève ensuite de nombreuses « *illustrations de l'exécution législative des traités* »[782], citant cinq conventions ayant nécessité l'intervention du Congrès fédéral pour perfectionner l'obligation internationale de punir[783]. Pour asseoir son raisonnement, la Cour effectue ensuite une analogie avec le 18ème amendement de la Constitution qui définit la prohibition, mais qui est pénalement ineffectif en l'absence d'une sanction.

**289. En droit égyptien.** Cette affirmation judiciaire américaine, réitérée par la doctrine[784] et les juridictions inférieures[785], de l'incomplétude caractéristique des normes internationales créatrices d'infractions trouve écho dans les arrêts de la *Cour de cassation égyptienne*. Concernant la Convention unique sur les stupéfiants de 1961, la chambre criminelle a considéré qu'elle était inapplicable pour le motif qu'elle constitue :

> « Une simple invitation faite aux États, en tant que sujets du droit international, pour entamer un travail de coordination garantissant l'efficacité des mesures adoptées dans la lutte contre l'abus des stupéfiants »[786].

---

781 *Ibid.* Malgré cette déclaration de principe de l'incomplétude caractéristique des normes internationales créatrices d'infractions, on a quand même relevé un arrêt local de la Cour d'appel du Texas dans lequel il est affirmé que « les tribunaux judiciaires de cet État sont tenus de prendre connaissance des traités conclus par le gouvernement fédéral avec d'autres nations et de leur donner effet, comme s'ils constituaient une partie de notre Code pénal » ; *Blandford v. State*, 20 Tex. App. 627 (1881). Néanmoins, il faut noter que cet arrêt est antérieur à l'arrêt de la Cour suprême en date de 1902 et il n'est pas forcément en contradiction avec ce dernier, le traité en question étant une convention d'extradition.

782 *Ibid.*

783 La Cour ajoute que l'incrimination fédérale ne suffit pas pour poursuivre les citoyens britanniques tant que les infractions n'ont pas été explicitement définies dans le texte de la convention. V. *Ibid.*

784 V. à titre d'exemple, DALTON Robert, « United States », *in* HOLLIS Duncan et al. (dir.), *National Treaty Law and Practice*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2005, p. 788.

785 V. *Hopson v. Kreps*, 622 F.2d 1375 (9th Cir. 1980) : « les normes conventionnelles qui pénalisent les individus […] nécessitent généralement une législation nationale pour leur donner effet ».

786 Cass. Crim. (Egy), 4 février 1982, Req. n° 2475, année judiciaire 51, consulté sur : cc.gov.eg.

Plus précisément, la chambre considère que l'article 36 énumère des comportements nécessitant l'intervention du législateur et ne définit pas d'incrimination ni de sanction[787]. Ainsi, l'incomplétude rend le texte inapplicable pour le juge pour manque d'effectivité pénale[788].

**290.** Plus récemment encore, la chambre criminelle égyptienne répète les mêmes considérants dans une affaire dans laquelle se posait la question de l'applicabilité de la Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination[789]. Cette fois-ci, elle fait un lien explicite avec la spécificité du droit pénal et de celle de ses objectifs nationaux[790], ajoutant qu'il faut :

> « Respecter la volonté du législateur dans ce droit interne ainsi que les règles qu'il adresse au juge pénal […], nonobstant ce que le droit international impose comme règles ou principes qui s'adressent aux États membres de la communauté internationale »[791].

**291.** Au regard de cette jurisprudence claire et sans équivoque, la doctrine pénale égyptienne semble être unanime dans l'acceptation des arguments de la souveraineté étatique[792] et de l'exceptionnalisme pénal[793], son corolaire inéluctable, comme inhibiteurs de l'effectivité des conventions internationales.

**292. En droit français.** Et la doctrine française, en l'absence d'orientation de principe par la chambre criminelle, s'aligne sur la position refusant l'autarcie à ce genre de normes pénales[794].

---

787 *Ibid.*

788 L'incomplétude de la Convention unique sur les stupéfiants a été réaffirmée par des considérants identiques dans Cass. Crim. (Egy), 22 octobre 1987, Req. n° 1432, année judiciaire 57, consulté sur : *cc.gov.eg*.

789 Conçue pour réduire la circulation des déchets dangereux entre les pays, cette convention a été conclue le 22 mars 1989 et elle est entrée en vigueur en Égypte après sa publication au JO le 8 juillet 1993.

790 L'explicitation de la spécificité du droit pénal dans le domaine de l'application des conventions internationales semble être un leitmotiv des Cours suprêmes nationales. C'est ainsi que la Cour suprême de la Pologne, sur le fondement de la Constitution, a distingué les normes pénales des autres règles consacrées par les conventions internationales. V. V KKN 353/00, Lex 56863, cité dans SLOSS David (ed.), *The role of domestic courts in treaty enforcement: a comparative study*, *op. cit.*, p. 402.

791 Cass. Crim. (Egy), 19 octobre 2003, Req. n° 3487, année judiciaire 71, consulté sur : *cc.gov.eg*. Cet arrêt reprend les termes de Cass. Crim. (Egy), 6 mars 1972, Req. n° 1627, année judiciaire 41, consulté sur : *cc.gov.eg*. La référence à la spécificité du domaine pénal dans l'application des conventions internationales a été rencontrée dans la jurisprudence d'autres États ne faisant pas l'objet de cette étude comme le Sénégal. V. Cour d'appel de Dakar, Chambre d'accusation, arrêt n° 135, 7 juillet 2000 ; Cour de cassation pénale, affaire *République du Sénégal c/Hissène Habré*, arrêt n° 14, 20 mars 2001 ; cités dans HENZELIN Marc, *op. cit.*, p. 71, note 5.

792 ELKAHWAGY Aly, *Al-moa'hadat al-dawliya amam al-qadi al-jina'i [Les conventions internationales devant le juge pénal]*, Al-Dar Al-Jami'ia, Alexandrie, 1997, p. 25.

793 CHAKER Ahmed Abdel-Halim, *Al-ahkam al-ijra'iya wal-mawdou'iya lel-mo'ahadat al-dawliya amam al-qada' al-jina'i wal-watani [Les règles procédurales et substantielles des conventions internationales devant la justice pénale et nationale]*, thèse, Université de Zagazig (Egypte), 2010, p. 293. ABDELKARIM Mustafa, *op. cit.*, p. 168.

794 Le principe *nullum crimen sine lege* a permis à la justice pénale en Pologne d'atteindre les mêmes conclusions concernant la complétude de la Convention pour la répression de la traite des êtres humains et de l'exploitation de la prostitution d'autrui de 1949. Selon la Cour suprême polonaise, l'application directe d'une norme pénale internationale est seulement possible lorsque cette norme détermine une sanction pour l'incrimination qu'elle définit. Or l'article 1 de ladite convention s'adresse moins au juge pénal qu'à l'État en exigeant de « punir toute

… / …

Pour Michèle-Laure Rassat, l'intervention législative est exigée par respect de la souveraineté étatique dont le droit pénal constitue un attribut important[795]. Sur la même ligne, Didier Rebut indique que :

> « Les sources supra-légales n'exercent aucun pouvoir de création d'infractions ou de fixation de peines. Ne prévoyant aucune infraction, elles ne réalisent pas d'atteinte à l'attribution de la compétence répressive à la loi. […] Leur éventuel effet créatif d'infractions est seulement indirect par l'obligation faite au législateur d'édicter une incrimination correspondante »[796].

Pour Bernadette Aubert, cet effet est médiat en raison du fait que « *c'est […] l'État qui décide de donner —ou non- une coloration pénale à la sanction de la violation de l'obligation internationale* » et cela « *en complétant son arsenal répressif* »[797].

**293.** Malgré le fait que la chambre criminelle de la *Cour de cassation française* n'a pas affiché une position de principe sur l'effectivité pénale des normes créatrices d'infractions, elle a néanmoins exigé la complétude de ces normes comme condition de leur application. C'est ainsi qu'elle a refusé de condamner un ressortissant algérien séjournant sur le territoire français sans être en possession d'un certificat de résidence. Pour la Cour, « *l'inobservation de l'article 6 de l'accord* » international consacrant cette obligation « *n'est assortie […] d'aucune sanction pénale* »[798].

**294.** La chambre criminelle s'est également positionnée par rapport aux quatre Conventions de Genève entrées en vigueur pour la France le 28 décembre 1951. Dans l'affaire *Javor et autres*[799], la chambre d'accusation s'est déclarée incompétente pour juger de plusieurs violations de ces traités humanitaires au regard de l'article 689 du CPP[800]. Les conventions imposant de « *prendre les mesures législatives nécessaires pour réprimer, par des sanctions adéquates, les infractions graves* », la chambre d'accusation a déduit que « *les obligations précitées ne pèsent que sur les États parties et qu'elles*

---

personne qui, pour satisfaire les passions d'autrui, » exploite la prostitution d'une autre personne, entre autres. V KKN 353/00, Lex 56863, cité dans SLOSS David (ed.), *The role of domestic courts in treaty enforcement: a comparative study*, *op. cit.*, p. 402.

795 RASSAT Michèle-Laure, *Droit pénal général*, 4e éd., Ellipses, 2017, p. 170. Dans le même sens, V. CLAVERIE-ROUSSET Charlotte, « La légalité criminelle », *Droit pénal* n. 9, septembre 2011, étude 16, p. 2 : « En matière pénale, seule la loi française est censée pouvoir créer des incriminations, souveraineté nationale oblige ».

796 REBUT Didier, « Le principe de la légalité des délits et des peines », *in* CABRILLAC Rémy (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, 22e éd., 2016, n° 861, p. 725.

797 AUBERT Bernadette, *op. cit.*, p. 337.

798 Cass. Crim., 1er mars 1973, *B.* n° 107, p. 255. La convention internationale en question était l'accord du 27 décembre 1968 entre la France et l'Algérie relatif à la circulation, à l'emploi et au séjour en France des ressortissants algériens et de leurs familles.

799 Cass. Crim., 26 mars 1996, *Bull.* n° 132, p. 379.

800 « Les auteurs ou complices d'infractions commises hors du territoire de la République peuvent être poursuivis et jugés par les juridictions françaises soit lorsque, conformément aux dispositions du livre Ier du code pénal ou d'un autre texte législatif, la loi française est applicable, soit lorsqu'une convention internationale donne compétence aux juridictions françaises pour connaître de l'infraction ».

*ne sont pas directement applicables en droit interne* » et la Cour de cassation a confirmé cette conclusion[801].

**295.** Avec un peu d'audace, on pourra décrire cet arrêt comme une inculturation de l'effet direct dans l'espace pénal français, même si certains internationalistes l'ont négativement qualifié comme un des « *réflexes encore dualistes de certains juges français* »[802] ou comme une interprétation draconienne du principe de légalité[803].

### B. La diversité des systèmes nationaux de droit pénal

**296.** À la spécificité du droit pénal comme attribut de la souveraineté étatique s'ajoute également sa diversité selon les systèmes juridiques. Pour ne prendre que les États objets de l'étude, on serait en présence de trois traditions juridiques pénales distinctes : la *Common Law*, le droit romano-germanique et une troisième qui combine des éléments majoritaires de la deuxième avec des morcellements de droit musulman. Le mouvement d'internationalisation du droit pénal prend en compte cette diversité en poussant vers l'harmonisation juridique de la lutte contre les phénomènes criminels transnationaux. Ainsi, les rédacteurs des conventions internationales préfèrent prescrire le minimum commun des comportements interdits sans prévoir des sanctions, laissant ainsi une latitude locale dans la répression[804]. Chérif Bassiouni a identifié 274 instruments internationaux, conclus entre 1815 et 1996, qui contiennent un ou plusieurs aspects pénaux relatifs à la répression, répartis en 25 catégories d'infractions[805].

**297.** À titre d'exemple, le législateur national est parfois invité à promulguer « *une législation pénale en la matière* »[806], à ériger certains actes en « *infractions pénales distinctes* »[807], à punir d'autres « *comme infractions de droit commun* »[808] ou à « *conférer le caractère d'infraction pénale* »[809]. Dans d'autres cas, le législateur est incité à prendre des mesures législatives appropriées, « *y compris l'imposition de*

---

801 Cette même compréhension a été relevée dans le réquisitoire du Procureur général dans l'affaire *Munyeshyaka* : « ce juge d'instruction ne peut cependant être saisi que s'il existe dans notre droit interne des textes pénaux et répressifs prévoyant et réprimant les infractions visées à la convention de New York ». V. CA Nîmes, chambre d'accusation, 20 mars 1996, *Munyeshyaka*, *RGDIP* 1996, p. 1084, note SASTRE.

802 Cass. Crim., 26 mars 1996, *Javor et autres*, *RGDIP* 1996, p. 1083, note SASTRE.

803 TAXIL Bérangère, *op. cit.*, p. 174.

804 ABDELZAHER Ahmed, *Al-qawanin al-jina'ia al-khassa [Les lois pénales spéciales]*, Dar Al-nahda Al-a'rabiya, Le Caire, 2011, p. 127.

805 BASSIOUNI Cherif, *International Criminal Law conventions and their penal provisions*, Transnational Publishers, New York, 1997, 1250 p.

806 Article VII de la Convention de Paris, du 13 janvier 1993, sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication, du stockage et de l'emploi des armes chimiques et sur leur destruction.

807 Article 5 de la Convention de New York, du 15 novembre 2000, contre la criminalité transnationale organisée.

808 Article 3 de la Convention de Genève, du 20 avril 1929, pour la répression du faux monnayage.

809 Article 3 de la Convention de Vienne, du 20 décembre 1988, contre le trafic illicite des stupéfiants et de substances psychotropes.

*sanctions pénales* »[810], ou de déclarer que la commission de certains actes « *sera passible de sanctions pénales* »[811]. Plus loin encore dans leur exigence, certaines conventions internationales imposent d'instituer la responsabilité pénale de certaines personnes[812] ; elles édictent la nature de la peine, laissant le choix de son quantum aux États[813] ou bien elles interdisent l'imposition de certaines sanctions pénales[814]. Dans tous ces cas, l'incomplétude caractéristique doit être comblée par l'intervention du législateur pour que le juge applique une norme internationale créatrice d'infraction qui soit « *pénalement effective* ».

## § 2. UNE INCOMPLÉTUDE NÉCESSITANT UN APPORT LÉGISLATIF

**298.** Pour Claude Lombois, « *une infraction internationale (c'est-à-dire : un comportement décrit et qualifié de criminel par une convention internationale) ne devient pas punissable en droit français en cela seul que le traité, régulièrement publié et ratifié, est intégré à l'ordre juridique interne. Cette condition est nécessaire, elle n'est pas suffisante. Le traité n'est alors qu'une pâte à infraction : pour l'animer en infraction vivante, il faudra le souffle de la loi interne* »[815]. Par l'intervention du législateur, l'incrimination internationale devient « *lex perfecta* »[816].

**299.** Les juridictions pénales nationales se sont exprimées dans le même sens. La Cour d'appel fédérale des États-Unis, du neuvième circuit, a résumé le principe de la manière suivante : « *les règles d'un traité qui pénalisent les individus […] nécessitent généralement une législation nationale pour leur donner effet* »[817]. Pour la chambre criminelle française, une convention internationale possède

---

810 Article 9 de la Convention d'Ottawa, du 18 septembre 1997, sur l'interdiction de l'emploi, du stockage, de la production et du transfert des mines antipersonnel et sur leur destruction.

811 Article 25 de la Convention de Genève, du 28 juin 1930, concernant le travail forcé ou obligatoire.

812 Article 5 de la Convention de New York, du 10 janvier 2000, pour la répression du financement du terrorisme invitant chaque État partie, conformément aux principes de son droit interne, à prendre « les mesures nécessaires pour que la responsabilité d'une personne morale située sur son territoire ou constituée sous l'empire de sa législation soit engagée lorsqu'une personne responsable de la direction ou du contrôle de cette personne morale a, en cette qualité, commis une infraction visée à l'article 2 ».

813 Article 61 de l'annexe 1C, intitulé « accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce », de l'Accord de Marrakech, du 15 avril 1994, instituant l'Organisation mondiale de commerce. Cet article invite les États parties à réprimer « les actes délibérés de contrefaçon de marque de fabrique ou de commerce ou de piratage portant atteinte à un droit d'auteur, commis à une échelle commerciale. Les sanctions incluront *l'emprisonnement et/ou des amendes* suffisantes pour être dissuasives, et seront en rapport avec le niveau des peines appliquées pour des délits de gravité correspondante ».

814 Article 230 de la Convention de Montego Bay, du 10 décembre 1982, sur le droit de la mer selon lequel « *seules des peines pécuniaires* peuvent être infligées en cas d'infraction aux lois et règlements nationaux ou aux règles et normes internationales applicables visant à prévenir, réduire et maîtriser la pollution du milieu marin, qui ont été commises par des navires étrangers au-delà de la mer territoriale ».

815 LOMBOIS Claude, « Chronique internationale, Droit pénal international », *RSC* 1985, p. 863.

816 LOMBOIS Claude, « Un crime international en droit positif français : l'apport de l'affaire Barbie à la théorie française du crime contre l'Humanité », *in Droit pénal contemporain : mélanges en l'honneur d'André Vitu*, Cujas, 1989, p. 367.

817 *Hopson v. Kreps*, 622 F.2d 1375 (9th Cir. 1980).

« *une force incriminatrice permettant à elle seule d'asseoir une condamnation, dès lors qu'il existe un texte répressif dans l'ordre national* »[818].

Pour créer l'infraction exigée par la convention internationale, le législateur fait le choix entre deux techniques distinctes : l'incorporation et le renvoi.

**300. Une première technique : l'incorporation de l'obligation de punir.** La première consiste dans la reproduction intégrale de la règle de comportement dans une loi nationale qui détermine également les sanctions. Dans ce cas, les éléments de complétude de la norme pénale sont purement nationaux, le juge pouvant éventuellement utiliser la convention originale pour les fins d'interprétation. C'est par cette technique qu'ont été exécutées, en France, les obligations de la Convention de 1966 sur l'élimination de la discrimination raciale, après sa ratification par la France en novembre 1971. Ainsi, par la loi n° 72-545 du 1er juillet 1972, l'incrimination de provocation à la discrimination, à la haine ou à la violence à l'égard d'une personne ou d'un groupe de personnes en raison de leur appartenance a été introduite dans l'arsenal répressif français[819]. En Égypte, la loi n° 64 de l'année 2010 concernant la lutte contre la traite des êtres humains reprend, sans la citer, les incriminations du Protocole additionnel de la Convention de Palerme de 2000 sur la traite des personnes. De même, le législateur américain a incorporé les obligations de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide de 1948, par une loi explicitement intitulée *The Genocide Convention Implementation Act*. La loi fédérale s'inspire des deux premiers articles de la convention dans la définition du crime ainsi que l'énumération des actes incriminés. À titre d'exemple, « *l'intention de détruire* » et la commission en « *temps de paix ou en temps de guerre* » figure dans le texte américain.

**301.** Au regard du contexte étudié, l'incorporation ne fera pas l'objet d'approfondissement puisque les normes internationales ne jouent pas de rôle concret dans l'établissement des éléments de l'infraction, le juge pénal pouvant choisir de s'en affranchir complètement. Toutefois, il reste à savoir si la loi d'incorporation peut être plus sévère ou avoir une portée plus large que la convention qu'elle incorpore.

**302. La sévérité de la loi d'incorporation par rapport à la convention.** L'examen de la jurisprudence pénale en la matière semble donner une réponse positive. Ainsi, dans une affaire de pollution maritime par hydrocarbures, la Chambre criminelle française a validé le motif des juges du fond selon lequel « *la sévérité de la loi française* » n° 83-583 du 5 juillet 1983, réprimant la pollution par les navires, « *s'accorde parfaitement avec l'article 4 de la Convention Marpol* »[820]. De la

---

818 Cass. Crim., 13 mars 1995, *B.* 101, p. 293.

819 La loi du 1er juillet 1972, dite loi Pleven, a créé les délits spécifiques d'injure, diffamation à caractère raciste ainsi que la provocation à la discrimination, à la haine ou à la violence raciale.

820 Cass. Crim., 25 septembre 2012, *Droit pénal* n° 1, janvier 2013, comm. 10, note ROBERT : « Attendu qu'en l'état de ces énonciations, qui établissent que l'application qui a été faite en l'espèce de l'article 8 de la loi du 5 juillet 1983 n'est pas contraire aux exigences de la Convention Marpol ». Pour une analyse détaillée de la question de conventionnalité en cette affaire, V. MONTAS Arnaud et ROUSSEL Gildas, « Les principaux apports de la

… / …

même manière, le juge fédéral américain refuse les moyens selon lesquels est mise en cause la sévérité de la loi d'incorporation par rapport au traité incorporé. À titre d'exemple, la loi d'incorporation de la Convention internationale contre la prise d'otages a été critiquée pour raison qu'elle élargit le champ d'application de l'infraction par rapport à la convention qui se cantonne au domaine de terrorisme international. Du moment que le juge pénal déduit un « *lien rationnel* » entre les deux textes, il déduit qu'il faut accorder une « *flexibilité* » au législateur dans l'incorporation de la convention[821]. Par application du même raisonnement, une Cour fédérale d'appel a refusé la contestation de la définition de la torture dans la loi d'incorporation de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. Alors que cette dernière emploie le standard d' « *agent de la fonction publique ou toute autre personne agissant à titre officiel* » pour déterminer les auteurs potentiels de la torture, la loi fédérale emploi un standard plus large qui élargit la portée de l'infraction par rapport aux auteurs. Par application du critère de « *lien rationnel* », la Cour considère que, dans la lutte contre la torture, la convention internationale « *a posé un plancher plutôt qu'un plafond* »[822].

**303. Une deuxième technique : le renvoi au texte international.** La deuxième technique, plus intéressante, conduit également à promulguer une loi nationale dans laquelle sont déterminées les sanctions pénales. Cependant, les incriminations internationales sont intégrées par renvoi ou par référence[823], sans reproduction. « *Cette technique présente l'avantage de révéler l'origine internationale de la norme de conduite* »[824]. Par conséquent, le juge pénal est tenu de combiner la convention et la loi pour pouvoir être en mesure d'appliquer une infraction complète. Cependant, pour que le juge pénal puisse s'appuyer sur la convention internationale comme norme d'incrimination, le renvoi par le droit interne doit être explicite pour que soit respectée la facette formelle du principe de légalité[825].

---

décision de la Cour de cassation dans l'affaire *Erika* », *AJ Pénal*, 2012, p. 574-577 : « Du constat indéniable de la plus grande sévérité de la loi française, la question a pu se poser de sa conformité à la Convention MARPOL. Il faut bien concéder une différence de contenu entre les deux textes ; restait à la Cour à donner un sens, une signification à ces différences textuelles : traduisent-elles une véritable différence au fond - auquel cas la primauté de la norme internationale interdirait l'application de la loi française dès lors frappée d'inconventionnalité ? »

821 *United States v. Lue*, 134 F.3d 79 (2d Cir. 1998). V. également, *United States v. Ferreira*, 275 F.3d 1020 (11th Cir. 2001).

822 *United States v. Belfast*, 611 F.3d 783 (11th Cir. 2010): « Applying the rational relationship test in this case, we are satisfied that the Torture Act is a valid exercise of congressional power under the Necessary and Proper Clause. […] Put simply, the CAT created a floor, not a ceiling, for its signatories in their efforts to combat torture ».

823 La technique du renvoi d'un texte à un autre est « l'invitation formelle, énoncée par la règle, à se reporter à une ou plusieurs autres dispositions » ; MOLFESSIS Nicolas, « Le renvoi d'un texte à un autre », in *Les mots de la loi*, Economica, Coll. Études juridiques, 1999, p. 55.

824 HUET André et KOERING-JOULIN Renée, *op. cit.*, p. 147.

825 Un pourvoi devant la Chambre criminelle de la Cour de cassation française avait critiqué le fait que les juges du fond ont condamné le prévenu par combinaison de la Convention unique sur les stupéfiants et les dispositions du Code de la santé, alors que le texte international ne peut « servir de base à une incrimination nationale, à moins que le législateur n'ait renvoyée expressément la définition de l'infraction à cette Convention, ce qu'il n'a pas fait », constituant ainsi « une violation flagrante et grossière du principe de légalité criminelle ». Il est regrettable que la Cour de cassation a préféré répondre sur le fondement du droit interne, au lieu de poser un principe en la question. Cass. Crim., 13 mars 1995, *B.* n° 101, p. 293.

**304.** Parfois, la loi pénale opère un renvoi partiel à certains éléments de l'incrimination internationale (A), d'autre fois, plus rares, un renvoi à l'intégralité de la norme internationale de comportement est préféré (B). Il sera opportun de fournir des exemples de ces cas dans lesquelles l'effectivité pénale de la norme internationale dépend du complément interne pour mettre en exergue le travail de conjugaison du juge pénal dans la matière. Finalement, sont abordées les questions soulevées par le renvoi du droit français au Statut de Nuremberg (C).

### A. Renvoi partiel du texte national à une composante de l'incrimination internationale

**305.** Pour répondre aux obligations internationales, il est assez commun que le texte national créateur d'infraction inscrive le comportement interdit dans son corps, puis fasse référence à la convention internationale pour perfectionner la définition de l'incrimination (a) ou pour énumérer une liste de substances prohibées (b). Ainsi, le juge pénal est tenu d'examiner la convention internationale pour donner à l'infraction sa pleine effectivité.

#### 1. La convention internationale comme élément de l'infraction nationale

L'examen des textes nationaux montre que cette technique de renvoi « *en blanc* »[826] est plutôt employée par les législateurs français et américain.

**306. Un exemple égyptien : le blanchiment.** À notre connaissance, un seul texte de droit égyptien définit un élément de l'incrimination nationale par référence à une convention internationale. Il s'agit de l'article 2 de la loi n° 80-2002 qui interdit le blanchiment des revenus provenant de plusieurs infractions, y compris « *les crimes organisés visés par les conventions internationales auxquelles l'Égypte est partie* ».

**307. Droit français : le Code des transports.** Différents codes de droit français emploient cette technique pour perfectionner l'institution de plusieurs infractions. À titre d'exemple, l'article L5123-6 du Code des transports interdit le non-respect de certaines obligations sous peine d'amende et d'emprisonnement. Ce texte renvoie à la convention de Londres de 2001[827], à celle de 1992[828], ainsi qu'à celle d'Athènes de 1974 pour définir les notions de « *propriétaire inscrit d'un navire* », « *de propriétaire d'un navire* » et de « *transporteur* » respectivement. Toujours dans le même Code, le fait pour l'armateur d'employer des marins ne disposant pas de

826 D'après l'expression de Claude Lombois. Il décrit un cas dans lequel « l'incrimination précède la description : on punit un comportement dont la définition est remise à plus tard… et, souvent, à autrui » ; LOMBOIS Claude, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 18.

827 Convention internationale de 2001 sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures de soute, faite à Londres le 23 mars 2001.

828 Convention internationale sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures, faite à Londres le 27 novembre 1992

documents valides, conformes aux exigences de plusieurs conventions internationales, est puni de l'amende prévue pour les contraventions de la cinquième classe[829].

**308. Le Code de l'environnement.** Par ailleurs, on peut citer l'article L. 218-19 du Code de l'environnement qui renvoie, pour la définition de « *l'accident de mer* », à la convention de Bruxelles du 29 novembre 1969[830]. Les articles L2342-57 et suivants du Code de la défense méritent également d'être rapportés. Ces dispositions interdisent plusieurs comportements liés aux « *armes chimiques* », aux « *armes chimiques anciennes* » et aux « *armes chimiques abandonnées* » telles que celles-ci sont définies par la Convention de Paris sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication, du stockage et de l'emploi d'armes chimiques et sur leur destruction[831].

**309. Les infractions de presse.** De même, l'article 24 bis de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse criminalise le fait de contester « *l'existence d'un ou plusieurs crimes contre l'humanité tels qu'ils sont définis par l'article 6 du statut du tribunal militaire international annexé à l'accord de Londres du 8 août 1945* »[832], et cela selon certaines conditions. Ainsi, la contestation, comme comportement interdit, est explicitement visée par la disposition nationale. Quant à l'objet de cette contestation, c'est par référence à l'accord de Londres que le juge pénal complète l'élément légal de l'infraction[833]. Pour la chambre criminelle, cette disposition respecte le principe de la légalité des délits et des peines « *dans la mesure où l'incrimination critiquée se réfère à des textes régulièrement introduits en droit interne* »[834].

**310. Des exemples du Code fédéral américain.** De l'autre côté de l'Atlantique, cette méthode de définition de l'infraction se retrouve au titre 18 du Code fédéral des États-Unis traitant du domaine pénal. En vertu de la section 2280 (a), est punie d'amende et d'emprisonnement la personne qui transporte une autre à bord d'un navire en ayant connaissance que cette dernière « *a commis un acte qui constitue […] une infraction définie par un traité applicable* », à savoir la Convention des Nations Unies de 1997 pour la répression des attentats terroristes à l'explosif et la Convention de La Haye de 1970 pour la répression de la capture illicite d'aéronefs, entre neuf autres. Le législateur fédéral fait également référence à ces mêmes textes internationaux

---

829 Article R5566-7 du Code des transports.

830 Convention internationale sur l'intervention en haute mer en cas d'accident entraînant ou pouvant entraîner une pollution par les hydrocarbures.

831 Le renvoi aux définitions de la convention internationale est fait dans les dispositions générales du chapitre sur les armes chimiques, à l'article L2342-1 précisément.

832 L'alinéa 2 punit également « ceux qui auront nié, minoré ou banalisé de façon outrancière, […] l'existence […] d'un crime de guerre défini aux articles 6, 7 et 8 du statut de la Cour pénale internationale signé à Rome le 18 juillet 1998 ».

833 Cette compréhension est confirmée par l'analyse de la chambre criminelle selon laquelle « le cadre juridique » des poursuites fondées sur l'article 24 bis implique que « le crime contre l'humanité, dont la contestation est incriminée par la loi française, est défini par l'article 6 du statut du tribunal militaire international » ; Cass. Crim., 12 septembre 2000, n° 98-88200, Inédit, consulté sur : *legifrance.gouv.fr*.

834 Cass. Crim., 7 mai 2010, *D.* 2010, p. 1286. Pour la saisine du Conseil constitutionnel sur le fondement du principe d'égalité devant la loi, V. FRANCILLON Jacques, « La conformité à la constitution du délit de contestation de l'existence de crimes contre l'humanité », *RSC* 2016, p. 81.

pour prohiber l'acte de fourniture ou de collecte de fonds, « *dans l'intention de voir ces fonds […] utilisés ou en sachant qu'ils sont destinés à être utilisés, en tout ou partie* »[835], en vue de commettre « *un acte qui constitue une infraction entrant dans le champ d'application d'un traité* »[836], parmi les neuf précités.

**311.** Le même code fédéral fournit d'autres exemples en matière de droit humanitaire. La section 2241 (a) assortit la commission de crimes de guerre par emprisonnement ou peine de mort selon le contexte. La section précise que le terme « *crime de guerre* » signifie « *tout comportement défini comme violation grave dans les quatre conventions signées à Genève le 12 août 1949 ou […] prohibé par les articles 23, 25, 27 ou 28 de l'annexe de la quatrième Convention de La Haye* ».

## 2. La convention internationale comme source d'une liste pour l'objet de l'infraction

**312.** Dans ce cas, le législateur pénal national ne renvoie pas à la définition d'une notion fournie par la convention internationale élucidant le contenu de l'incrimination, mais il fait plutôt référence à une liste qui définit l'objet du comportement interdit par énumération. L'emprunt de cette technique a été relevé dans des domaines variés.

**313.** En droit de l'environnement, l'article 60 de la *loi égyptienne* n° 4 de 1994 interdit à un navire de décharger des substances liquides dangereuses telles qu'énumérées par la convention de MARPOL[837]. La violation de cette prohibition est réprimée par une amende, aggravée en une peine d'emprisonnement en cas de récidive.

**314.** Dans le domaine de la lutte contre le dopage, le *droit français*[838] criminalise la détention illégale des substances interdites par la Convention internationale contre le dopage dans le sport de 2005 dans son annexe I[839]. De son côté, la loi égyptienne n° 71 de 2017 sur le sport interdit l'usage de ces mêmes substances en faisant référence aux règles internationales proscrites par l'Agence mondiale antidopage. De même, le Code du patrimoine sanctionne, par une peine d'emprisonnement et d'amende (art. 114-1), le fait d'importer un bien culturel « *appartenant à l'une des catégories prévues à l'article 1*er *de la Convention concernant les mesures à prendre pour interdire et empêcher l'importation, l'exportation et le transfert de propriété illicites des biens culturels, faite à Paris le 17 novembre 1970* » (art. 111-8).

---

835 Nous avons choisi de citer l'article 421-2-2 du Code pénal français qui, incidemment, emploie la même formulation que le texte américain, sans doute sous l'influence harmonieuse de l'article 2 de la Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme du 9 décembre 1999.

836 Section 2339C du titre 18.

837 C'est la définition 24 du 1er article de ladite loi qui fait référence à la liste de substances liquides dangereuses de la Convention MARPOL.

838 Article 232-26 du Code du sport.

839 Pour une référence explicite à l'annexe de la convention précitée, V. CA Montpellier, 3e ch. corr., 18 février 2010, n° 09/01632.

**315.** Aux *États-Unis*, la section 703 du titre 16 interdit de tuer, capturer ou vendre un des oiseaux énumérés dans quatre conventions internationales différentes[840] sous peine d'emprisonnement et d'amende. De même, la section 229 du titre 18 interdit toute une série de comportements liés aux armes chimiques comme le développement, la fabrication, la détention et l'utilisation ; la peine de mort pouvant être prononcée dans certains cas[841]. Pour compléter l'infraction, le législateur fédéral renvoie à l'annexe de la Convention sur les armes chimiques pour une liste des produits chimiques toxiques et des précurseurs inscrits dans trois tableaux différents[842].

Ce dernier exemple est une preuve supplémentaire de l'influence harmonieuse des traités sur le droit pénal des différentes parties, puisque le Code de la défense français fait référence à l'annexe du même texte international pour incriminer des comportements identiques, se limitant néanmoins aux produits listés dans le premier tableau de la convention[843].

**316.** Dans tous ces cas, le législateur répond à une obligation internationale d'incriminer. L'incomplétude caractéristique de la norme internationale lui commande de la compléter en instituant une infraction interne. Le renvoi partiel à la convention permet de mieux cerner une composante du comportement nationalement réprimé.

### B. Renvoi total du texte national à l'intégralité de l'incrimination internationale

**317.** À la différence de l'hypothèse précédente dans laquelle la convention internationale fournit certains éléments de l'incrimination, cette hypothèse s'adresse plutôt aux cas dans lesquels le législateur national ne trempe pas sa plume pour décrire ou détailler la norme de comportement, mais il prévoit des sanctions pour les incriminations internationales auxquelles il renvoie.

**318.** La protection de l'environnement semble être le domaine de prédilection pour cette méthode de création d'infractions. À titre d'exemple, la *loi française* n° 76-599 du 7 juillet 1976[844] punissait d'amende et d'emprisonnement tout capitaine de navire « *qui se sera rendu coupable d'infraction aux dispositions des articles 5, 6 et 7* » de la Convention d'Oslo du 15 février 1972 sur la

---

840 La convention avec la Grande Bretagne, ayant donné lieu à l'arrêt *Missouri v. Holland*, figure dans les conventions citées. V. *supra* n° 183.

841 Lorsque la conséquence de l'un de ces actes est la mort d'une personne. Le juge peut également appliquer la réclusion criminelle à perpétuité dans ce cas. V. 18 U.S. Code § 229A.

842 Dans *U.S. v. Levenderis*, 806 F.3d 390 (6th Cir. 2015), la Cour d'appel fédérale précise que la ricine fait partie des produits chimiques répertoriés à l'annexe de la Convention sur les armes chimiques. De même, dans *Bond v. United States*, *op. cit.*, la Cour suprême précise, *in dicta*, que les produits chimiques utilisés par l'accusée ne sont pas inscrits dans l'annexe précité pour contester la commission de l'infraction.

843 Les articles L2342-57 et s. du Code de la défense.

844 Il s'agit de la loi relative à la prévention et à la répression de la pollution marine par les opérations d'immersion effectuées par les navires et aéronefs et à la lutte contre la pollution marine accidentelle. Elle fut abrogée et codifiée par ordonnance n° 2000-914 du 18 septembre 2000, art. 1, art. 5 I 10°, sauf en tant qu'elle s'applique aux eaux territoriales de la Nouvelle-Calédonie et de la Polynésie française.

prévention de la pollution maritime par les opérations d'immersion. Les comportements interdits par la convention consistent en « *l'immersion des substances énumérées à l'annexe I* », ainsi que le fait d'immerger, sans permis spécifique délivré à cette fin, des déchets contenant des substances répertoriées à l'annexe II. Prévoyant les mêmes peines, l'article 63 du Code disciplinaire et pénal de la marine marchande rend également coupable « *le capitaine de tout navire français ou étranger, qui aura enfreint […] les règles de circulation maritime édictées en application de la Convention internationale de Londres du 20 octobre 1972 en vue de prévenir les abordages en mer et relatives aux dispositifs de séparation de trafic* ».

**319.** Mais c'est surtout dans le code de l'environnement français que la technique du renvoi semble être investie en abondance. Une sous-section du chapitre VIII, intitulée « *les dispositions répressives relatives aux rejets polluants des navires* », définit des peines pour la violation de plus de douze règles de la Convention MARPOL[845]. Pour l'application de cette sous-section, l'article L. 218-10 précise que la définition des rejets est celle figurant au 3 de l'article 2 de ladite convention[846]. Le texte suivant punit d'amende le rejet « *en infraction aux dispositions des règles 15 et 34 de l'annexe I, relatives aux contrôles des rejets d'hydrocarbures, ou en infraction aux dispositions de la règle 13 de l'annexe II, relative aux contrôles des résidus de substances liquides nocives transportées en vrac* »[847]. En cas de récidive, le montant de l'amende est doublé et une peine d'emprisonnement est prévue. Toujours par la technique de renvoi, l'« *infraction aux dispositions de la règle 7 de l'annexe III* », ainsi que les infractions à huit autres règles des annexes IV et V sont poursuivies comme délits en vertu des articles L218-14 et L218-15 respectivement.

**320.** La convention de MARPOL semble être un exemple-type pour la technique d'incrimination par renvoi à une convention internationale dans les différents États objets de l'étude, poussant vers une harmonisation accrue dans la poursuite pénale des infractions pertinentes. À ce titre, le *législateur égyptien* interdit, dans l'article 50 de la loi n° 4 de 1994 concernant l'environnement, le rejet d'hydrocarbures tel que prévu dans le texte international, prévoyant dans l'article 93 une peine d'amende. Ainsi, il est intéressant de noter que le juge pénal en Égypte et en France veille sur le respect de la même norme de comportement en matière de pollution maritime par rejet. Cependant, la loi égyptienne incorpore beaucoup plus qu'elle renvoie, la référence à la myriade de règles internationales citées par son homologue française étant limitée.

---

845 La Convention internationale pour la prévention de la pollution marine par les navires, élaborée par l'Organisation maritime internationale (IMO), a été adoptée le 2 novembre 1973. Selon les statistiques officielles, 156 États, représentant 99, 42% du tonnage mondiale, sont parties à la convention. V. l'état des conventions sur le site de l'IMO : *imo.org*.

846 « Rejet, lorsqu'il se rapporte aux substances nuisibles ou aux effluents contenant de telles substances, désigne tout déversement provenant d'un navire, quelle qu'en soit la cause, et comprend tout écoulement, évacuation, épanchement, fuite, déchargement par pompage, émanation ou vidange ».

847 Article L218-11. Commentant ce texte, certains auteurs sonnent le glas de son incompatibilité avec le principe de légalité en cas de révision ultérieure de la convention ; CLAVERIE-ROUSSET Charlotte, *op. cit.*, p. 2. Les circonstances aggravantes de cette infraction sont détaillées aux articles L218-12 et L218-13 et la peine encourue s'aggrave à 10 ans d'emprisonnement et 15 millions d'euros d'amende.

**321.** À examiner le titre 33 du *Code fédéral américain*, on pourrait observer que le renvoi à l'intégralité de l'incrimination internationale atteint son apogée et devient plutôt un renvoi intégral à la convention. En vertu de la section 1908[848], la personne qui viole intentionnellement la Convention MARPOL commet un crime de la classe D, passible d'une peine d'emprisonnement comprise entre 5 à 10 ans et d'une amende maximale de 250.000$ pour les personnes physiques, s'élevant au double pour les personnes morales[849]. Par l'effet de cette disposition, la commission de tout comportement interdit par la convention et la violation de toute obligation posée par celle-ci devient une infraction « *pénalement effective* ». Ainsi, il n'est pas surprenant de relever les combinaisons faites par la justice pénale fédérale entre, d'un côté, la section 1908 et de l'autre, une multitude d'obligations édictées par la convention, à savoir les règles 6[850], 7[851], 17[852] et 20[853] de l'annexe I, entre autres. De même, le titre 49 de ce code fédéral interdit « *de commettre une infraction telle que définie par la Convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs* »[854].

### C. Les questions soulevées par le renvoi du droit français au statut du tribunal de Nuremberg

**322.** Par une loi n° 64-1326 du 26 décembre 1964, les crimes contre l'humanité, telles que définies dans « *la charte du tribunal international du 8 août 1945* », sont reconnus comme « *imprescriptibles par leur nature* » en droit français[855]. À première vue, on est loin d'une hypothèse de renvoi partiel ou total à une convention internationale pour compléter une infraction nationale. Il semble que ce renvoi établisse un régime procédural spécial pour une catégorie spécifique d'infractions au regard de leur gravité. Cependant, l'analyse attentive de la jurisprudence

---

848 « A person who knowingly violates the MARPOL Protocol, Annex IV to the Antarctic Protocol, this chapter, or the regulations issued thereunder commits a class D felony».

849 Pour une analyse des lois pertinentes, V. CHALOS Michael & PARKER Wayne, « The criminalization of maritime accidents and Marpol violations in the United States », 23 *U.S.F. Mar. L.J.* 206 (2011). Pour une étude de l'application de cette convention dans la jurisprudence américaine, V. STATMAN Katriel, « To comply or not to comply: an argument in favor of increasing investigation and enforcement of Marpol annex I violations », 5 *Wash. & Lee J. Energy, Climate, & Env't* 251 (2013).

850 *U.S. v. Pena*, 684 F.3d 1137 (11th Cir. 2012).

851 *Ibid.*

852 *U.S. v. Fafalios*, 2015 WL 423027 (E.D. Louisiana 2015).

853 *U.S. v. Abrogar*, 459 F.3d 430 (3rd Cir. 2006) et *U.S. v. Jho*, 534 F.3d 398 (5th Cir. 2008).

854 49 U.S.C. § 46502(b)(1).

855 Charlotte-Lucie Bouvier décrit le contexte dans lequel cette loi a été votée : « La hâte qui a procédé à l'élaboration du texte explique certainement ces lacunes et incohérences quant à la portée procédurale et matérielle de l'imprescriptibilité. Elles traduisent manifestement un dispositif « de réaction », « de circonstances », voté par des parlementaires acculés par l'opinion publique et soucieux de donner une bonne image de l'État » ; BOUVIER Charlotte-Lucie, *La mémoire et le droit des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité depuis la seconde guerre mondiale : comparaison Allemagne fédérale / France*, Thèse, Université de Poitiers, 2014, p. 255. V. également, MATHIEU Martial, « La genèse de l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité en droit français », *in* GRECIANO Philippe et MATHIEU Martial, *Juger les crimes contre l'humanité : les leçons de l'histoire*, Pedone, 2018, p. 48 et s.

appliquant ce texte fournit des déductions différentes. La doctrine française a largement approfondi la question, hésitant entre plusieurs conceptions selon les éléments retenus dans les arrêts de la chambre criminelle (1). Nous serons à la recherche d'une lecture cohérente de cet ensemble jurisprudentiel à la lumière de la complétude comme critère de l'effectivité pénale de la norme internationale (2).

## 1. Les hésitations doctrinales

**323.** L'analyse des arrêts de la Cour de cassation française en matière de crimes contre l'humanité a produit des conceptions différentes du rôle du statut du Tribunal militaire international de Nuremberg, comme convention internationale, dans le renvoi établi par la loi du 26 décembre 1964. Ces conceptions sont présentées crescendo selon leur degré d'audace. Pour certains, le statut international définit une catégorie juridique, une qualification qui rattache un régime procédural dérogatoire à des crimes de droit commun (a). Pour d'autres, la loi de 1964 est incriminatrice. Ainsi, le renvoi au statut permet d'en tirer, outre la catégorie, des éléments constitutifs de l'infraction (b).

### *a. Le renvoi au statut de Nuremberg comme source de catégorie juridique*

**324.** Monsieur Massé s'interroge sur la fonction de la notion de crime contre l'humanité issue du statut du tribunal de Nuremberg. En contraste avec une incrimination, il y voit « *une qualification comparable à celle d'infraction politique ou de terrorisme, désignant un ensemble d'infractions, définies par ailleurs, pour les soumettre à un régime de répression spécifique, en l'occurrence : […] l'imprescriptibilité* »[856]. La création de la qualification juridique de crime contre l'humanité est « *le domaine propre et, peut-être même, le seul domaine du droit international* »[857]. Pour l'auteur, la qualification juridique entraîne un régime procédural particulier : « *tribunal militaire inter-allié en 1945 ; obligation de collaborer à la recherche et à la livraison des criminels dans les résolutions de l'A.G. de l'O.N.U. en 1946, imprescriptibilité par la suite* »[858].

L'auteur affirme cette vision du renvoi au statut de Nuremberg par la comparaison qu'il fait avec le crime contre l'humanité réprimé par le nouveau Code pénal de 1994. Ainsi, « *d'une simple qualification au second degré — recouvrant des crimes du droit pénal spécial commun pour leur appliquer un régime de répression spécifique imposé par le droit international auquel faisait écho, s'agissant de l'imprescriptibilité, la loi du 26 décembre 1964 — les crimes contre l'humanité sont devenus des incriminations à part entière du droit pénal français* »[859].

---

856 MASSÉ Michel, « Du procès de Nuremberg à celui de P. Touvier, en passant par l'affaire Barbie », *RSC* 1989, p. 798.

857 MASSÉ Michel, « L'affaire Touvier : l'échappée belle », *RSC* 1993, p. 378.

858 *Ibid.*

859 MASSÉ Michel, « Les crimes contre l'humanité dans le nouveau code pénal français », *RSC* 1994, p. 376.

*b. Le renvoi au statut de Nuremberg comme source d'incrimination en droit français*

> « Sous les allures d'une loi de forme, traitant de prescription, la loi du 26 décembre 1964 a été plus que cela : une loi d'incrimination. Incrimination par renvoi ; la matière pénale était ailleurs. Mais la volonté d'incriminer était là, là seulement et, en droit interne, pour la première fois. Elle était implicite, mais elle était. Quand on fixe un point du régime d'une certaine infraction c'est que, d'abord, fit-on l'économie de le dire, on en a fait une infraction »[860].

Monsieur Lombois a formulé cette observation en guise de conclusion dans sa chronique de « *droit pénal international* » en 1987. Deux ans plus tard, il va mieux détailler sa pensée dans une contribution aux mélanges en l'honneur d'André Vitu dans laquelle il étudie « *un crime international en droit positif français* » sous les angles de « *l'incrimination* » et du « *régime* »[861].

**325.** Son idée principale est que la loi de 1964 constate l'imprescriptibilité d'une catégorie juridique, « *vide d'une définition dont d'autres sources la meubleraient* ». Il commence par étudier le contenu de l'accord du 8 août 1945 instituant le Tribunal de Nuremberg, « *une juridiction spéciale, appliquant un droit spécial […] à des justiciables spéciaux* »[862]. À partir de cette prémisse, est constaté en forme d'interrogation le fait, qu'avant 1964, les crimes contre l'humanité n'ont pas été poursuivis sous cette qualification. Ainsi, « *la technique particulière* » de renvoi utilisée par la loi de 1964 a intégré ces crimes internationaux en droit positif français. « *Il découle que c'est cette loi, interne, qui fut incriminatrice* »[863].

**326.** Monsieur Lombois se tourne ensuite vers la loi de 1964 qui, en déclarant l'imprescriptibilité, a créé l'incrimination. « *Le Verbe s'est fait Loi* »[864]. L'ordre international fournit la catégorisation alors que le droit français traduit les comportements visés dans le statut en des incriminations assorties de peine[865]. Par les termes de l'arrêt Glaeser, les crimes contre l'humanité « *sont des crimes de droit commun commis dans certaines circonstances et pour certains motifs précisés dans le texte qui les définit* »[866]. C'est ainsi que la jurisprudence a exigé une intention criminelle spéciale, un *dolus specialis*, pour la qualification de ces crimes internationaux[867].

**327.** Reste à étudier la conformité de cette loi incriminatrice avec le principe de légalité et notamment de non-rétroactivité. Pour Monsieur Lombois, il n'y a pas de doute. Le renvoi fait

---

860 LOMBOIS Claude, « Chronique de droit pénal international : crimes contre l'humanité - crimes de guerre », *RSC* 1987, p. 942.

861 LOMBOIS Claude, « Un crime international en droit positif français : l'apport de l'affaire Barbie à la théorie française du crime contre l'Humanité », *in Droit pénal contemporain : mélanges en l'honneur d'André Vitu*, Cujas, 1989, p. 367.

862 *Ibid.*, p. 371.

863 *Ibid.*, p. 373.

864 *Ibid.*, p. 374.

865 *Ibid.*, p. 375.

866 Cass. Crim., 6 février 1975, *B.* n° 42, p. 113.

867 *Ibid.*, p. 377. La Chambre criminelle discute d'un « élément intentionnel constitutif des infractions poursuivies » ; Cass. Crim., 20 décembre 1985, *B.* n° 407.

par le législateur est « *une ficelle un peu grosse et assez usée, pour déguiser une loi rétroactive dans un habit d'interprétation* »[868]. Le législateur français feint que les crimes contre l'humanité soient toujours réprimés en droit interne et que la loi de 1964 soit seulement venue préciser un élément de leur régime qui fait corps « *par nature* » avec leur définition[869]. Monsieur Lombois analyse les arguments jurisprudentiels avancés pour cette question. Outre l'obligation internationale faite aux « *vainqueurs* » de réprimer les crimes définis dans le Statut, l'auteur s'intéresse aux motifs tirés des instruments internationaux des droits de l'homme. Respectivement, les articles 7 et 15 de la CESDH et du Pacte international affirment la valeur internationale du principe de non-rétroactivité des lois pénales. Cependant, respectivement, les deux articles comportent un deuxième paragraphe lu par l'auteur « *comme exception* »[870] au principe précédent en ce qu'ils autorisent les lois rétroactives lorsqu'elles ont pour objet de réprimer des actes qui, au moment de leur commission, étaient tenus pour criminels d'après les principes généraux de droit reconnus par l'ensemble des nations.

**328.** Par conséquent, la loi de 1964 est « *rétroactive par renvoi, puisqu'elle se réfère au statut du Tribunal militaire interallié, dont les dispositions lui sont antérieures mais qu'elle déclare dorénavant applicables* »[871].

Pour utiliser la terminologie de notre recherche, les crimes contre l'humanité, définis par la convention internationale, n'étaient pas complets. L'accord de Londres ne pouvait pas fonder à lui seul une poursuite pénale. C'est l'intervention du législateur français qui, « *sous les allures d'une loi de forme* », donne au texte international sa complétude.

## 2. Une recherche de lecture cohérente au regard du critère de complétude

**329.** Les questions soulevées par le renvoi de la loi française au statut du Tribunal de Nuremberg ont reçu des réponses doctrinales variables. Il est nécessaire, pour parvenir à une lecture cohérente, de débattre la question de la rétroactivité de la loi du 26 décembre 1964 (a) avant d'examiner le renvoi que cette loi opère sous l'angle de la complétude (b).

### *a. Pour la rétroactivité de la loi du 26 décembre 1964*

**330.** Monsieur Lombois a analysé la référence faite par la Chambre criminelle de la Cour de cassation aux instruments des droits de l'homme « *comme exception* » au principe de la non-rétroactivité des lois pénales pouvant s'appliquer à l'incrimination des crimes contre l'humanité par la loi de 1964. Pour l'auteur, cette lecture est rassurée par le choix sémantique, à l'apparence contradictoire, fait par la Chambre criminelle dans son arrêt du 30 juin 1976. Alors qu'elle approuve les juges d'appel d'avoir relevé « *à juste raison* » que la loi de 1964 ne contient

868 *Ibid.*, p. 374.

869 *Ibid.*, p. 382.

870 *Ibid.*, p. 383.

871 *Ibid.*, p. 384.

« *aucune disposition faisant expressément échec au principe fondamental de la non-rétroactivité des lois de répression* », la Chambre criminelle leur reproche plus tard de ne pas avoir examiné si Touvier « *ne se trouvait pas exclu du bénéfice de la non-rétroactivité de la loi pénale* » en vertu de l'article 7-2 CESDH.

Monsieur Lombois voit ainsi dans l'article 7-2 CESDH et son homologue dans le Pacte international (art. 15-2) une « *exception* » ou une dérogation au principe de la non-rétroactivité dont profite la loi incriminatrice de 1964. À notre sens, il n'existe pas de contradiction dans l'arrêt du 30 juin 1976 dans la mesure où le contexte dans lequel les deux attendus ont été annoncés est différent.

**331.** Le premier attendu concerne la qualité de la loi de 1964 au regard du principe de légalité. C'est ainsi le volet « *incrimination* » qui est visé. Quant au deuxième attendu, il est avancé dans le cadre d'un droit à l'acquisition de la prescription, prétendument protégé par la CESDH, dont la Chambre criminelle nie l'existence.

Notre lecture est renforcée par la motivation de la Cour de cassation dans l'arrêt Barbie du 26 janvier 1984. La défense de Barbie argue d'une violation de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme. Au regard du fait que « *c'est la norme constitutionnelle qui l'emporte même sur les traités internationaux, […] nul traité ne peut donc déroger au principe de la non-rétroactivité des lois pénales* ». Pour la défense, la loi de 1964 ne peut pas s'appliquer aux faits commis avant son entrée en vigueur pour raison qu'elle viole l'interdiction constitutionnelle de l'effet rétroactif des lois pénales.

Dans sa réponse, la Chambre criminelle réitère le raisonnement de 1976. « *Le droit à l'acquisition de la prescription* » n'est pas un droit de l'homme ou une liberté fondamentale[872]. Il ne résulte des articles 7-2 (CESDH) et 15-2 (Pacte) « *ni dérogation ni restriction à la règle de l'imprescriptibilité applicable aux crimes contre l'humanité* ». Le volet « *régime procédural* » est ainsi lu par le prisme des « *principes généraux de droit* ». Plus intéressant encore est le motif dans lequel elle approuve la juridiction inférieure en précisant le vrai effet de la loi de 1964. Cette dernière « *s'est bornée à confirmer qu'était déjà acquise en droit interne, par l'effet des accords internationaux auxquels la France avait adhéré, l'intégration à la fois de l'incrimination dont s'agit et de l'imprescriptibilité de ces faits* ». L'usage de la locution adverbiale n'est pas dépourvu de sens. Les juges du fond estimaient que « *l'incrimination* » des crimes contre l'humanité est conforme aux principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées.

**332.** Les articles 7-2 et 15-2 ne consacrent pas une dérogation ou une exception au principe de non-rétroactivité. Plutôt, il faut les analyser comme un blanc-seing de légalité. Du moment que

872 V. MALABAT Valérie, « Prescription et imprescriptibilité des infractions internationales », *in* ASCENSIO Hervé, DECAUX Emmanuel et PELLET Alain, *Droit international pénal*, 2e éd. révisée, Pedone, 2012, p. 574 : « la prescription […] est conçue comme une mesure d'oubli mais non pas comme une faveur ou un pardon accordé à l'auteur de l'infraction. […] C'est l'impératif d'intérêt général de sécurité juridique qui impose le respect de la prescription acquise et *non pas le droit du responsable* à un oubli de ses actes passés ».

l'acte est criminel selon les principes généraux du droit, la complétude de l'infraction n'est pas exigée au moment de la commission des faits, mais peut être « *découverte* » postérieurement sans violation du principe de non-rétroactivité. C'est ce que fait la loi de 1964. Elle découvre ; elle se borne à confirmer que l'incrimination était déjà acquise en droit interne par une combinaison de dispositions nationales et internationales. La loi tourne l'attention du juge pénal français à l'existence déjà acquise d'une infraction complète dans le dispositif pénal français. Même à considérer incriminatrice la loi de 1964, dans le sens où les actes incriminés par le statut ont été « *complétés* » par le renvoi opéré par la loi, le principe de non-rétroactivité n'est pas touché et cela grâce au blanc-seing de légalité signé par le Pacte et la CESDH. Au moment de la commission des faits, il suffit que l'acte soit caractérisé de criminel.

**333.** Pourquoi ce blanc-seing de légalité spécifique aux crimes contre l'humanité ? La Chambre criminelle multiplie les références à « *la nature des crimes* »[873] et au fait que ces crimes « *ne relèvent pas seulement du droit interne français, mais encore d'un ordre répressif international* »[874]. C'est dans cette même direction que se sont déjà exprimés la conférence internationale de juristes réunie à Varsovie en juin 1964[875] et le rapport présenté devant l'Assemblée Nationale à propos de la loi de 1964[876]. Dans cet univers particulier auquel la France a adhéré, les principes de physique pénale classique sont tordus par la dimension de gravité des crimes contre l'humanité. Il n'y a pas d'exception au principe de légalité mais une lecture différente au regard du contexte[877].

### *b. Pour le renvoi de la loi de 1964*

**334.** La loi de 1964 constate un crime international qui a toujours existé dans l'arsenal répressif français. Selon l'expression de Yann Jurovic, « *l'innommable doit être nommé pour procéder à la*

873 Cass. Crim., 6 octobre 1983, *B.* n° 239 : « qu'en raison de *la nature de ces crimes*, ces dispositions sont conformes aux principes généraux de droit reconnus par l'ensemble des nations, auxquels se réfèrent l'article 15-2 du pacte international relatif aux droits civils et politiques et l'article 7-2 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ». V. également Cass. Crim., 26 janvier 1984, *B.* n° 34 : « attendu qu'en l'état de ces motifs, dont elle a déduit que la prescription de l'action publique ne pouvait avoir bénéficié au demandeur, *en raison de la nature des crimes dont il est inculpé*, quelle que soit la date à laquelle ils ont pu être commis, la chambre d'accusation a fait l'exacte application de la loi ».

874 Cass. Crim., 6 octobre 1983, *op. cit.*

875 « Les crimes commis par les nazis sont des crimes contre l'humanité et […] *leur nature est complètement distincte* de la nature juridique des crimes de droit commun » ; MATHIEU Martial, « La genèse de l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité en droit français », *op. cit.*, p. 51.

876 « Seule une solution internationale est parfaitement congruente au problème à résoudre et convient particulièrement *à la nature même du crime contre l'humanité* » ; *Ibid*, p. 52.

877 Un arrêt récent de la Chambre d'instruction de la Cour d'appel de Paris est intéressant dans ce domaine. Au regard de l'article 15 du Pacte international des droits civils et politiques, la Chambre d'instruction considère « qu'il s'évince de l'économie de l'article considéré que le principe de légalité est respecté dès lors que les faits, dont la personne poursuivie pénalement aurait été l'auteur, sont incriminés par le droit national ou par le droit international ». Il ne s'agit donc pas d'une exception au principe de la non-rétroactivité, mais ce principe est « respecté » du moment que les actes étaient tenus pour criminels au moment de leur commission, même si la complétude de l'infraction arrive postérieurement. V. Cass. Crim., 18 février 2015, *AJ Pénal* 2015, p. 257, note CHASSANG ; *D.* 2015, p. 491.

*répression spécifique annoncée* »[878]. Cette particularité est autorisée par un blanc-seing de légalité au regard de la nature des crimes visés et l'ordre répressif duquel ils relèvent. Dans tous les cas, la répression des crimes contre l'humanité nécessite de la part du juge un travail de conjugaison entre droit interne et droit international. Il est intéressant de noter que ce crime combinant droits national et international existe toujours en droit français et n'a pas été abrogé par l'entrée en vigueur du nouveau Code pénal[879].

Dans les termes de la Chambre criminelle, les crimes contre l'humanité « *sont des crimes de droit commun commis dans certaines circonstances et pour certains motifs dans le texte qui les définit* »[880].

**335.** En premier lieu, le droit national fournit les éléments des infractions constitutives des crimes contre l'humanité. Le juge cherche dans son arsenal répressif les infractions correspondantes à « *l'assassinat, l'extermination, la réduction en esclavage, la déportation* » telles que précisées par l'article 6-c du statut de Nuremberg. Une fois les infractions trouvées, le juge pénal français dégage plusieurs notions du texte international pour perfectionner la qualification. Premièrement, un lien moral, « *un élément intentionnel constitutif* »[881] comme l'exprime la Chambre criminelle, est fourni conventionnellement. Le droit international procure un dol spécial qui transforme les infractions de droit commun en crimes contre l'humanité. Des spécificités sur cette « *intention spéciale ou renforcée* »[882] sont également fournies par le texte international : « *l'article 6 du statut du tribunal militaire international […] n'exige pas que le complice de crimes contre l'humanité ait adhéré à la politique d'hégémonie idéologique des auteurs principaux, ni qu'il ait appartenu à une des organisations déclarées criminelles par le tribunal de Nuremberg* »[883].

---

878 JUROVICS Yann, *Réflexions sur la spécificité du crime contre l'humanité*, LGDJ, Coll. Bibliothèque de droit international et communautaire n° 116, 2002, p. 6.

879 Cass. Crim., 1er juin 1995, *B.* n° 202, p. 547 : « attendu que Paul X... a été renvoyé devant la cour d'assises par application des dispositions spécifiques réprimant les crimes contre l'humanité commis au nom des puissances de l'Axe ; que ces textes n'ayant pas été abrogés et le Code pénal entré en vigueur le 1er mars 1994 n'ayant pas sur ce point d'effet rétroactif ». Pour approfondir la question, V. PARIZOT Raphaële, « Les spécificités procédurales du jugement des crimes contre l'humanité en France », *in* GRECIANO Philippe et MATHIEU Martial, *Juger les crimes contre l'humanité : les leçons de l'histoire*, Pedone, 2018, p. 169-176.

880 Cass. Crim., 6 février 1975, *B.* n° 42, p. 113.

881 Cass. Crim., 20 décembre 1985, *op. cit.* Pour notre sujet, il importe peu que la Chambre criminelle n'a pas suivi une conception homogène de cet élément intentionnel commun aux crimes contre l'humanité, du moment que c'est le texte international qui fournit la définition. Cf. Cass. Crim., 3 juin 1988, *B.* n° 246, p. 637 et Cass. Crim., 27 novembre 1992, n° 394, p. 1082.

882 PRADEL Jean, « La répression du complice suppose-t-elle l'existence d'un dol spécial en ce qui le concerne lorsque cet élément est exigé pour la répression de l'auteur ? », *D.* 1997, p. 147.

883 Cass. Crim., 23 janvier 1997, *B.* n° 32, p. 86. L'intérêt de cet arrêt réside dans le fait que la convention internationale fournit des précisions sur l'intention du complice. Toutefois, on ne prend pas de position par rapport à son résultat qui distingue auteur principal et complice. Pour une discussion de cette distinction, V. SAINT-HILAIRE Jean-Pierre, « La définition juridique de la complicité de crime contre l'humanité au lendemain de l'arrêt de la Chambre criminelle du 23 janvier 1997 », *D.* 1997, p. 249 : « Le revirement de jurisprudence est manifeste : il traduit l'abandon des solutions antérieures. Il invite à dissocier la situation du *complice* de celle de *l'auteur principal* : le mobile spécial de l'agent cesserait d'occuper la place décisive qui lui avait été conférée jusqu'ici tant en doctrine qu'en jurisprudence. La volonté de se faire l'agent de la politique totalitaire nazie ne serait plus exigée que de l'*auteur* principal du crime contre l'humanité. Elle cesserait d'être requise du complice ».

**336.** Outre ce lien moral, le statut de Nuremberg fournit une délimitation matérielle nécessaire pour la qualification des crimes contre l'humanité. Ce champ d'application a été dessiné par la Chambre criminelle par renvoi au statut. Les dispositions d'incrimination des crimes contre l'humanité « *ne concernent que les faits commis pour le compte des pays européens de l'Axe* »[884]. Une fois tous ces éléments réunis, la qualification de crimes contre l'humanité induit l'imprescriptibilité (déjà acquise). Par conséquent, le juge pénal applique la peine assortie à l'infraction de droit commun.

**337.** Ainsi, le juge a effectué des aller-retours entre droit interne et droit international pour pouvoir réprimer les crimes contre l'humanité. Est-ce que cette combinaison a été instaurée par la loi de 1964 ? Par souci de cohérence, la réponse doit être négative. Comme l'a exprimé la Chambre criminelle, la loi de 1964 se borne à constater qu'était déjà acquise en droit interne l'intégration à la fois de la combinaison de textes nationaux et internationaux pour réprimer les crimes contre l'humanité, d'un côté ; et de l'imprescriptibilité, de l'autre. On pourrait même aller plus loin et dire que la loi de 1964 ne constate pas l'incrimination des crimes contre l'humanité, mais elle « *appelle* » le juge pénal à constater la combinaison des textes nécessaires à la répression de ces crimes[885]. La statue complète des crimes contre l'humanité se retrouve dans le bloc de pierre du droit pénal français. Le juge sculpteur travaille la pierre pour sortir la statue. C'est l'exercice effectué par la Cour d'assises d'Yvelines qui a condamné Paul Touvier pour « *le crime prévu et puni par l'article 6, alinéa 20 et dernier alinéa du statut du Tribunal militaire international de Nuremberg annexé à l'accord de Londres du 8 août 1945, la loi du 26 décembre 1964 et les articles 121-6, 121-7, 221-1 du Code pénal et 296, 297 et 302 de l'ancien Code pénal* ». « L'apport jurisprudentiel » est toléré au regard de la nature des crimes qui « *étaient tenus pour criminels d'après les principes généraux de droit reconnus par l'ensemble des nations* ».

---

884 Pour la poursuite des crimes commis en Algérie, V. Cass. Crim., 17 juin 2003, *B.* n° 122, p. 465. Pour ceux d'Indochine, V. Cass. Crim., 1er avril 1993, *B.* n° 143, p. 351.

885 Cass. Crim., 1er juin 1995, *op. cit.* Nous croyons que Michel-Laure Rassat partage notre compréhension ; V. RASSAT Michel-Laure, *op. cit.*, p. 148 : « La médiation interne par laquelle passe le droit international peut aussi être jurisprudentielle. Si la Cour de cassation a pu emprunter à l'article 6c du Statut du tribunal de Nuremberg, à une époque où la législation interne était muette sur ce point, la définition du crime contre l'humanité […], l'origine du droit applicable n'est [pas] le Statut de Nuremberg […] mais la jurisprudence de la Cour de cassation ».

## SECTION II.
## LA PRÉCISION, CONDITION GÉNÉRALE EXIGÉE POUR TOUTE NORME PÉNALE CONVENTIONNELLE CLASSIQUE

**338.** Pour certains auteurs, faire dépendre l'application d'une norme de sa précision, « *suppose que certaines normes aient un sens suffisamment précis pour qu'il n'y ait qu'à mécaniquement les appliquer […]. Or, appliquer la norme c'est toujours, quel que soit le degré de précision ou la clarté de cette dernière, lui donner un sens qui n'est jamais a priori prédéterminé* »[886]. Pour d'autres, même à admettre la précision comme condition d'application de la norme internationale, ce critère « *ne saurait découler de la règle prise isolément, c'est-à-dire hors du contexte dans lequel son application est requise* »[887]. Pour ce courant, la précision de la norme n'est pas la résultante de sa formulation[888].

**339.** En droit pénal, accepter ces conceptions est dangereux pour les droits fondamentaux et les libertés individuelles. « *Les codes pénaux sont la Magna Carta Libertatis du citoyen, d'où l'impératif de définir l'espace de contrainte de manière particulièrement claire, tant au niveau du comportement prohibé que de celui de la peine attachée à sa violation* »[889]. Certes, il existe des cas dans lesquels le travail interprétatif du juge contribue à la clarification du comportement interdit[890]. Cependant, le principe de légalité pénale impose une certaine qualité de la norme pour que l'individu soit en toute connaissance de cause avant la commission de l'acte.

Par conséquent, le critère objectif de précision prend forcément une coloration spécifique lorsqu'il pénètre l'espace pénal, différente de celle exigée dans les autres domaines du droit[891].

**340. Les normes pénales classiques.** Le choix réalisé de limiter cette condition aux normes pénales classiques mérite une explication. Nous désignons par cette catégorie les règles substantielles et les règles formelles régies par le principe directeur de légalité et qui

---

886 TRIENBACH Mélanie, *op. cit.*, p. 111. Dans le même sens, V. GAUTIER Marie, « L'effet direct des conventions internationales », *op. cit.*, p. 561.

887 DE SCHUTTER Olivier, *Fonction de juger et droits fondamentaux : transformation du contrôle juridictionnel dans les ordres juridiques américain et européens*, *op. cit.*, p. 123-124.

888 *Ibid.*

889 HENZELIN Marc, *op. cit.*, p. 81.

890 V. à titre d'exemple la précision donnée par la Chambre criminelle au contenu du délit d'exhibition sexuelle ; Cass. Crim., 4 janvier 2006, *Bull.* n° 3, p. 8.

891 La spécificité de l'exigence de la précision des normes pénales a été explicitée par la Cour suprême de l'Illinois : « The test for determining vagueness varies with the nature and context of the legislative enactment, but the Constitution requires more specificity in statutes with criminal penalties, […]. In contrast, statutes with civil penalties that regulate economic matters are subject to a "less strict" vagueness test because they typically involve more narrow subject matter, and business interests are better placed to address, and possibly shape, regulations that will impact them »; *Bartlow v. Costigan*, 2014 IL 115152, 13 N.E.3d 1216 (2014).

constituent le cœur de cette spécialité. Par-là, notre volonté est d'exclure les autres normes internationales, spécifiquement invoquées dans le cadre de la défense, du champ de cette condition. Cette exclusion est maintenue malgré le fait que ces dernières normes pénètrent l'espace pénal et peuvent éventuellement y avoir une effectivité. La précision de ces normes n'est pas recherchée par la même loupe de légalité, voire n'est pas recherchée du tout. Les normes internationales protectrices de droits sont rarement rédigées de manière claire et précise. Pour les États, cette rédaction est intentionnelle pour élargir la portée des droits, permettant ainsi au juge « *de donner forme à ces normes à partir d'un contexte concret* »[892]. Par conséquent, la recherche de leur précision doit être abandonnée[893].

**341. La précision des droits conventionnels.** Ainsi, la précision des droits invoqués dans le contexte de défense n'est pas une condition de leur effectivité pénale de la même manière que cette condition est comprise pour les normes pénales classiques[894]. Pour preuve, ce critère fait rarement l'objet d'une analyse jurisprudentielle dans le contexte des droits de défense. À notre connaissance, un seul arrêt d'une *juridiction pénale américaine* a recherché la précision d'un droit individuel. Discutant de plusieurs instruments protecteurs de droits, la Cour fédérale du district de Floride indique que « *le langage […] est de nature extensive et générale* » pour refuser leur effectivité pénale[895]. Quant à la jurisprudence non-pénale, le recours au critère de la précision des droits est relativement plus évident, mais il reste exceptionnel. Ainsi, certaines juridictions civiles américaines déterminent que les droits conventionnels « *ne sont pas définis avec précision* »[896] ou qu'ils « *sont rédigés en termes généraux* »[897].

**342.** La situation est comparable dans la *jurisprudence française* qui atteste d'une absence complète de la recherche de la précision des droits conventionnels par le juge pénal. Comme pour l'unique arrêt américain, la 9e chambre des appels correctionnels de la Cour d'appel de Paris a refusé

---

892 CLAES Erik et VANDAELE Arne, « L'effet direct des traités internationaux. Une analyse en droit positif et en théorie du droit axée sur les droits de l'homme », *RBDI*, 2001, p. 451.

893 HACHEZ Isabelle, « Précision et droits de l'homme dans l'ordre juridique belge : focus sur la notion polysémique d'effet direct », *La Revue des Droits de l'Homme* [en ligne], 7/2015, n° 40, consulté sur : *journals.openedition.org/revdh*.

894 On peut inférer cette distinction d'un arrêt pénal de la Cour suprême du Kentucky dans une affaire d'extradition qui dessine les lignes de partage entre obligations internationals positives et négatives: « when it is provided by treaty that certain acts shall not be done, or that certain limitations or restrictions shall not be disregarded or exceeded by the contracting parties, the compact does not need to be supplemented by legislative or executive action, to authorize the courts of justice to decline to override those limitations or to exceed the prescribed restrictions, for the palpable and all-sufficient reason, that to do so would be not only to violate the public faith, but to transgress the "supreme law of the land." » ; *Commonwealth v. Hawes*, 76 Ky. (13 Bush) 697 (1878).

895 *United States v. Noriega*, 808 F. Supp. 791 (S.D. Fla. 1992).

896 *People of Saipan v. U.S. Dept. of Interior*, 502 F.2d 90 (9th Cir. 1974).

897 *Frolova v. USSR*, 761 F.2d 370 (7th Cir. 1985). Ce précédent est repris dans *American Baptist Churches in the USA v. Meese*, 712 F. Supp. 756 (N.D. Cal. 1989): « The language used does not impose any specific obligations on the signatory nations, nor does it provide any intelligible guidelines for judicial enforcement. As in *Frolova*, the treaty provision is "phrased in broad generalities"».

d'appliquer les articles 6 (droit au procès équitable), 13 (droit à un recours effectif) et 14 (interdiction de discrimination) de la Convention européenne des droits de l'homme en raison du fait que « *de telles dispositions, très générales dans leur formulation, ne constituent que des lignes directives* »[898]. Même si on a exclu le droit de l'Europe du domaine de cette étude, cet arrêt reste illustratif de la rareté de cette recherche de la précision des droits par le juge pénal, une recherche qui est devenue obsolète par la suite, surtout dans le cadre de ladite convention. Au-delà la matière pénale, la Cour d'appel de Versailles exige « *que la norme […] contienne des éléments suffisamment précis* » pour déterminer ses bénéficiaires[899] et la Cour d'appel de Lyon a jugé que les dispositions conventionnelles en question « *ne génèrent pas d'obligations précises et concrètes à la charge des États* »[900].

**343.** Pour la doctrine, l'imprécision de la disposition d'un traité ne doit en soi constituer une raison de refus de reconnaître l'effectivité des droits fondamentaux[901]. Ou comme l'exprime Eric Millard, « *les principes, dans leur imprécision, permettent la liberté, alors qu'au contraire, les règles devraient être précises et réservées aux limitations de la liberté* »[902]. L'effectivité pénale de ces normes est conditionnée par la consécration d'un droit individuel par la convention en question, peu importe sa précision. Cette exigence sera étudiée sous l'angle de la justiciabilité dans un chapitre distinct[903].

**344.** Le principe de légalité est classiquement conçu pour le droit pénal substantiel. Par conséquent, devient mécanique l'exigence de la précision des normes internationales de fond (§ 1). Par ailleurs, ce principe directeur est tiré vers le droit pénal procédural en réponse à plusieurs enjeux. La précision devient ainsi logique pour les normes internationales de forme (§ 2).

## § 1. UNE EXIGENCE MÉCANIQUE POUR LES NORMES SUBSTANTIELLES

**345.** Comme on l'a évoqué précédemment, le principe de légalité est un principe établi dans le droit respectif des États comparés. C'est ainsi que la condition de précision des lois pénales substantielles semble être une condition commune dont le respect est consacré par le juge pénal (A). Ainsi, il n'est pas étonnant de voir appliquer ce critère aux normes internationales créatrices d'infractions (B).

---

898 CA Paris, 9e ch., 29 février 1980, *Andrieu*, *GP*, 1980, II, p. 697, note ZDROJEWSKI.

899 CA Versailles, 2e ch. comm., *Association France-Palestine Solidarité c/Société Alstom Transport*, 22 mars 2013, RG n° 11/05331.

900 CA Lyon, 10 mai 2011, *Gharbaoui c/CAF du Puy de Dôme*, RG n° 10/06278.

901 CLAES Erik et VANDAELE Arne, *op. cit.*, p. 431.

902 MILLARD Eric, « Précision et effectivité des droits de l'homme », *La Revue des Droits de l'Homme* [en ligne], 7/2015, n° 12, consulté sur : *journals.openedition.org/revdh*.

903 V. *infra* n° 374 et s.

### A. La précision ancrée dans les droits des États comparés

**346.** Avant de se pencher sur les conventions internationales spécifiquement, il est important de bien démontrer que la recherche de la précision est un exercice commun à toute norme pénale de fond, tant pour le juge français que ses homologues égyptien et américain moins connus.

**347. Le doit pénal constitutionnel en France et en Égypte.** Comme l'exprime le Conseil constitutionnel français, la légalité impose au législateur d'adopter « *des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques* »[904] afin de protéger les sujets de droits d'une interprétation contraire à la Constitution et du risque de l'arbitraire. À partir de la consécration de cette qualité de la norme pénale, le Conseil constitutionnel français a jugé imprécise la notion de malversation au regard de l'obligation pour le législateur de fixer les règles concernant la détermination des infractions, « *par voie de conséquence, il doit en définir les éléments constitutifs en des termes clairs et précis* »[905]. Par ces mêmes critères, « *n'est ni obscure, ni ambiguë* » l'expression « *bande organisée* »[906].

Par la même approche, la juridiction constitutionnelle égyptienne a clarifié la portée de ce principe fondamental, exigeant que « *les textes répressifs soient rédigés d'une manière claire et précise, sans ambigüité rendant ces textes un piège tendu par le législateur* »[907].

**348. Les Chambres criminelles française et égyptienne.** De son côté, la Chambre criminelle de la Cour de cassation française a jugé évasive et ambiguë la disposition de la loi du 29 juillet 1881 incriminant la publication ou la reproduction de tout ou partie des circonstances d'un crime. Elle rappelle ainsi l'importance de « *la possibilité pour chacun d'apprécier par avance la légalité de son comportement touchant, comme en l'espèce, à l'exercice de libertés essentielles implique une formulation particulièrement rigoureuse des incriminations et ne saurait résulter que de définitions légales claires et précises* »[908]. Pour la chambre criminelle égyptienne, l'objectif est de protéger la liberté individuelle dans le cadre d'équilibre avec l'intérêt de la société et l'ordre publique[909].

**349. En droit américain.** Outre-Atlantique, la Cour suprême fédérale a établi la « *vagueness doctrine* », une règle exigeant que la loi pénale énonce explicitement et précisément quel

---

904 Cons. Const., 12 janvier 2002, n° 2001-455 DC, *Recueil* p. 49.

905 Cons. Const., 18 janvier 1985, n° 84-183 DC, *Recueil p.* 32.

906 Cons. Const., 2 mars 2004, n° 2004-492 DC, *Recueil p.* 66.

907 HCC (Egy), 15 mars 1997, Req. n° 84, année judiciaire 17, consulté sur : *eastlaws.com*.

908 Cass. Crim., 16 janvier 2001, *D.* 2001, p. 1067, obs. RENUCCI. Cette analyse de la précision des textes répressifs est exercée par la chambre criminelle de façon répétitive, V. Cass. Crim., 9 avril 2014, n° 13-84826, Inédit, consulté sur *legifrance.gouv.fr* : « la disposition législative en cause est rédigée en termes suffisamment clairs et précis pour permettre son interprétation et sa sanction, qui relèvent de l'office du juge pénal, sans risque d'arbitraire ». Cette préoccupation d'éviter le risque d'arbitraire par l'exigence de précision apparaît également dans les décisions des Cours inférieures. V. à titre d'exemple, CA Douai, 6 ch. corr., 31 mars 2015, *JurisData* n° 2015-018362.

909 Cass. Crim. (Egy), 28 juin 1999, Req. n° 12996, année judiciaire 64, consulté sur : *eastlaws.com*. Pour la doctrine, V. MUSTAFA Amine, *op. cit.*, p. 21 : « il faut que le législateur s'engage de définir clairement et suffisamment les éléments du comportement criminel ; le texte ne doit pas être ambigüe ou large pour éviter l'arbitraire du juge ».

comportement est punissable[910]. Cette doctrine puise son origine dans le principe de procès équitable consacré par le cinquième et le quatorzième amendement de la Constitution[911]. La Cour suprême a fondé l'exigence de précision de la loi pénale sur la liberté individuelle. Une personne est libre de choisir entre une conduite licite ou illégale et par conséquent, les lois pénales doivent donner « *à la personne dotée d'une intelligence ordinaire une chance raisonnable de connaître ce qui est interdit, afin qu'elle puisse agir en conséquence. Les lois imprécises peuvent piéger l'innocent quand elles ne fournissent pas un juste avertissement* »[912]. Une deuxième justification de l'exigence de la précision réside dans le souci d'empêcher l'arbitraire des juges ou de l'Exécutif par une délégation trop large du pouvoir législatif[913].

**350.** À notre connaissance, la première application de cette règle date de 1875 dans une affaire d'infraction électorale. Dans *United States v. Reese*, la Cour indique que :

> « Les lois qui interdisent des comportements et punissent la violation ne doivent pas avoir une double signification. Un citoyen ne devrait pas être placé inutilement dans une telle situation que, par erreur d'interprétation d'une loi pénale, il pourrait faire l'objet de poursuites. […] Tout homme devrait pouvoir savoir avec certitude quand il commet un crime »[914]. Ultérieurement, il a été affirmé que cette condition ne s'applique pas seulement à la norme de comportement, mais également à la norme de sanction[915].

Plusieurs normes pénales ont été déclarées imprécises sur le fondement de cette règle, tel le délit de vagabondage de l'État de Floride qui interdit le fait d'« *errer ou se promener d'un endroit à l'autre sans but ou objet légitime* »[916], le délit de « *l'appartenance à une bande* » de l'État de New Jersey[917] ou l'infraction de « *mépris du drapeau américain* » de l'État de Massachusetts[918]. De même, a été jugée imprécise l'infraction définie par le législateur d'Ohio qui exige des

---

910 Pour une analyse exhaustive et une évaluation de la fonctionnalité de la doctrine, V. LOCKWOOD Cristina, « Defining indefiniteness : suggested revisions to the void for vagueness doctrine », 8 *Cardozo Pub. L. Pol'y & Ethics J.* 255 (2010).

911 *Conally v. General Const. Co.*, 269 U.S. 385 (1926); *Lanzetta v. New Jersey*, 306 U.S. 451 (1939).

912 *Grayned v. City of Rockford*, 408 U.S. 104 (1972).

913 *United States v. Reese*, *op. cit.*; confirmé dans *United States v. Ragen*, 314 U.S. 513 (1942) qui a jugé que la disposition en question du *Revenue Act* de 1932 n'était pas imprécise et elle ne déléguait le pouvoir législatif ni au juge ni au jury. Pour plus de détails, V. GOLDSMITH Andrew, « The void-for-vagueness doctrine in the Supreme Court, revisited », 30 *Am. J. Crim. L.* 279 (2003).

914 *United States v. Reese*, 92 U.S. 214 (1875).

915 V. *United States v. Batchelder*, 442 U.S. 114 (1979); confirmé dans *Johnson v. United States*, 135 S.Ct. 2551 (2015). Pour des arrêts des juridictions fédérales inférieures, V. *United States v. Gonzalez-Longoria*, 831 F.3d 670 (5th Cir. 2016) ; *United States v. Loy*, 237 F.3d 251 (3rd Cir. 2001).

916 *Papachristou v. Jacksonville*, 405 U.S. 156 (1972): « The Jacksonville vagrancy ordinance, under which petitioners were convicted, is void for vagueness, in that it "fails to give a person of ordinary intelligence fair notice that his contemplated conduct is forbidden by the statute, " it encourages arbitrary and erratic arrests and convictions, it makes criminal activities that, by modern standards, are normally innocent, and it places almost unfettered discretion in the hands of the police ». Le délit de vagabondage de l'État de Chicago a fait l'objet d'une critique semblable. V. *City of Chicago v. Morales*, 527 U.S. 41 (1999).

917 *Lanzetta v. State of New Jersey*, 306 U.S. 451 (1939).

918 *Smith v. Goguen*, 415 U.S. 566 (1974).

médecins pratiquant l'avortement, sous peine d'amende, d'éliminer les restes de fœtus « *de manière humaine et sanitaire* »[919]. Le législateur californien a interdit le gavage des volailles et la vente de produits utilisant cette technique, notamment le foie gras, interdiction que la France a qualifié d'« *agression sur la tradition française* »[920] dans un récent *amicus* adressé à la Cour suprême. Malgré les réclamations des éleveurs de canards, le juge fédéral a considéré que le comportement est suffisamment précis pour ne pas porter préjudice au principe du procès équitable[921]. Par rapport aux lois fédérales, l'élément de condamnation antérieure pour « *crime violent* », circonstance aggravante de l'infraction de port d'armes dans le *Armed Career Criminal Act* de 1984, a été trouvée « *anticonstitutionnellement ambigüe* »[922]. Toutefois, il est important de noter, comme le précisent certains auteurs, que l'application de la *vagueness doctrine* est plus stricte lorsqu'un droit constitutionnel est en question[923].

**351.** L'analyse démontre donc un consensus jurisprudentiel, dans les systèmes juridiques comparés, sur l'exigence de la condition de précision par rapport aux normes pénales de fond. Il devient alors naturel que le juge pénal veille sur la précision des dispositions pénales d'origine internationale.

### B. La précision appliquée aux normes conventionnelles de fond

**352.** Avec le rattachement évident à la précision des normes répressives et toutes les justifications l'entourant, il est naturel que cette condition soit exigée dans le cadre des normes internationales. Si les infractions de source conventionnelle sont rarement complètes, on a bien démontré la multitude des cas dans lesquels le législateur national renvoie aux normes internationales soit pour définir l'intégralité de l'incrimination, soit pour compléter des éléments de cette dernière[924].

**353. La catégoricité du juge pénal français.** La Chambre criminelle de la Cour de cassation française se détache des autres juridictions pénales étudiées par la catégoricité avec laquelle elle s'est prononcée sur la condition de précision des normes substantielles, issues des conventions internationales.

**354. La double incrimination en matière d'extradition.** La recherche de la précision a été réalisée à cinq reprises par le juge français[925]. Dans l'ensemble des affaires, le pourvoi était

---

919 *Akron v. Akron Ctr. for Reprod. Health,* 462 U.S. 416 (1983).

920 *Association des éleveurs de canards et d'oies du Quebec v. Becerra*, Brief *amicus curiae* of Republic of France, 10 avril 2018, consulté sur : *supremecourt.gov*.

921 *Association des éleveurs de canards et d'oies du Quebec v. Harris*, 729 F.3d 937 (9th Cir. 2013).

922 *Johnson v. United States*, *op. cit.*

923 BROYLES Scott, *op. cit.*, p. 53.

924 V. *supra* n° 298 et s.

925 Cass. Crim., 26 février 2014, *B.* n° 59 ; *B.* n° 60 ; n° 13-87846, Inédit ; Cass. Crim., 14 octobre 2015, n° 15-84420, Inédit et Cass. Crim., 5 octobre 2016, n° 16-84717, Inédit, consulté sur : *legifrance.gouv.fr*.

formé contre des arrêts des chambres d'instruction - à savoir Douai, Paris et Poitiers - ayant statué sur une demande d'extradition présentée par le gouvernement de la République du Rwanda, pour des faits de génocide et de crime contre l'humanité.

**355.** Dans l'ensemble des affaires, la double incrimination comme condition essentielle de la légalité de l'extradition était l'élément juridique principal. Or, les faits visés dans la demande d'extradition ont été incriminés après leur commission. Pour justifier l'avis favorable relatif à la requête, deux des cinq chambres d'accusation soutiennent que :

> « À défaut de texte dans le droit rwandais réprimant ces catégories d'infractions […], l'application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide du 9 décembre 1948, ratifiée par l'État rwandais en 1975, permet de considérer que les faits poursuivis sous la qualification de génocide étaient incriminés à l'époque de leur commission »[926].

La chambre criminelle s'oppose à ce raisonnement. Même si les infractions sont « *visées par des instruments internationaux* », il n'existe pas, à la date de leur commission, de « *définition précise et accessible de leurs éléments constitutifs* ». Par conséquent, « *le principe de légalité criminelle […] fait obstacle à ce que lesdits faits soient considérés comme punis par la loi de l'État requérant* ».

Les chambres d'instruction ont considéré que la condition de double incrimination est remplie par la répression internationale. La Cour a refusé cette solution par manque de précision et c'est ce motif qui rend l'ensemble des arrêts, rendus dans le domaine de l'extradition, intéressant pour les normes substantielles. Si certains auteurs trouvent que la Cour suprême s'est positionnée dans le cadre étroit de la légalité criminelle nationale[927], inscrivant les arrêts dans une conception archaïque de « *l'honneur de la France* »[928], on ne peut que féliciter cette prise de position au regard de ses implications sur la perfection de la norme pénale, qu'elle soit de source nationale ou internationale[929]. Si les violations graves des droits fondamentaux méritent une discussion sur l'assouplissement de la légalité classique dans ce

---

926 Il s'agit des deux arrêts les plus récents. Les deuxième et troisième arrêts du 26 février 2014 utilisent des formules similaires. Toutefois ces derniers citent la Convention sur le génocide avec celle de l'imprescriptibilité des crimes de guerre et contre l'humanité. Le considérant est formulé ainsi : « à défaut de texte dans le droit rwandais réprimant ces catégories d'infractions avant la loi organique du 30 août 1996, l'application cumulée, d'une part, de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide du 9 décembre 1948 et de celle sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et contre l'humanité du 26 novembre 1968, toutes deux ratifiées par cet État en 1975, d'autre part, des dispositions du code pénal rwandais en vigueur en 1980 réprimant des infractions de droit commun susceptibles, dans certaines conditions, de constituer un crime de génocide ou un crime contre l'humanité, permet de considérer que les faits poursuivis sous la qualification de génocide et de crimes contre l'humanité étaient incriminés à l'époque de leur commission et qu'ils sont imprescriptibles ».

927 FONTEIX Cloé, « Génocide rwandais : le principe de légalité fait obstacle à l'extradition », *Dalloz actualité*, 12 mars 2014. V. surtout, ROETS Damien, « Le génocide des Tutsi du Rwanda : la thèse des complicités françaises au prisme des exigences du droit pénal », *RSC* 2015, p. 9. L'auteur appelle à donner son effet utile à l'article 7 de la CESDH qui adopte une conception large de la légalité criminelle en y incluant, outre le « droit national », le « droit international ».

928 *Ibid.*, p. 25.

929 V. en ce sens, ALTAMIMI Mohammad, *La condition de la double incrimination en droit pénal international*, Thèse, Université de Poitiers, 2018, p. 355.

contexte déterminé[930], la précision des normes substantielles issues du droit international conventionnel reste une question plus générale et qui n'est pas, pour autant, moins fondamentale.

**356. En matière de séjour irrégulier.** La condition de la précision de la disposition internationale est même exploitée par le juge pénal français pour écarter une incrimination nationale. Au motif que ses termes sont clairs, la chambre criminelle a jugé que « *la convention franco-algérienne déroge aux dispositions de l'ordonnance imposant aux étrangers la possession du titre " carte de séjour " et partant aux dispositions subséquentes sanctionnant pénalement cette obligation* »[931].

**357. La jurisprudence égyptienne.** Par une approche plus timide, les arrêts de la Cour de cassation égyptienne, à notre disposition, montrent que la chambre criminelle a exploité le critère de la précision à deux reprises, concernant la Convention unique sur les stupéfiants et la Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination. Par un considérant identique, rappelant à chaque fois la spécificité du droit pénal, la chambre refuse d'appliquer les dispositions en question dans la mesure où, si la convention énonce « *les cas qu'elle appelle les États à réprimer et punir* », elle ne comporte pas « *de définition des infractions* »[932].

**358. La jurisprudence américaine.** Il est intéressant de constater qu'une approche comparable a été adoptée par la jurisprudence américaine. L'affaire du bateau britannique *Over the Top*[933], précédemment évoquée[934], s'inscrit dans la même ligne de recherche de la précision des normes substantielles d'origine internationale. Au moment de l'institution de la prohibition d'alcool aux États-Unis dans les années 1920, une convention a été conclue avec la Grande Bretagne selon laquelle la violation des lois américaines en la matière, par les bateaux britanniques, pourrait être poursuivie par les autorités américaines, dans certaines conditions, au-delà de la limite de compétence pénale dans la mer territoriale. Selon ses articles 2 et 3, « *l'infraction aux lois des États-Unis* » et sa tentative sont punies d'amende ainsi que de la confiscation du vaisseau et des produits illicites. Au regard du caractère général de cette formule, la Cour fédérale du district du Connecticut refuse l'effectivité pénale à ces dispositions pour raison que « *la convention ne définit pas les comportements constitutifs de 'l'infraction aux lois des États-Unis'* » [935].

---

930 Pour une discussion sur les effets de la jurisprudence de la CEDH sur le sujet, V. ROETS Damien, « L'extradition des personnes suspectées d'avoir participé au génocide des Tutsi du Rwanda », *D.* 2013, p. 2570.

931 Cass. Crim., 1er mars 1973, *B.* n° 107, p. 255.

932 Cass. Crim. (Egy), 4 février 1982, Req. n° 2475, année judiciaire 51 ; Cass. Crim. (Egy), 19 octobre 2003, Req. n° 3487, année judiciaire 71, consultés sur : cc.gov.eg.

933 *The Over the Top v. Bissell*, 5 F.2d 838 (D. Conn. 1925).

934 V. *supra* n° 288.

935 *The Over the Top*, *op. cit.*

## *§ 2.* UNE EXTENSION LOGIQUE POUR LES NORMES PROCÉDURALES

**359.** La mondialisation de la délinquance a incité une importante expansion des normes internationales de procédure pénale qui visent à améliorer l'efficacité de la répression ou à mieux protéger l'individu citoyen du monde. La doctrine a répertorié les différents modes d'influence des traités sur le droit procédural interne.

Pour Frédéric Desportes et Laurence Lazerges-Cousquer, la norme internationale « *peut tendre tout d'abord à faciliter la coopération, l'entraide entre les États, qui se prêtent assistance pour l'accomplissement des investigations ou encore la recherche et la remise d'une personne* »[936]. Pour cet objectif, les principaux exemples sont les traités d'extradition (pour les fins de condamnation et de jugement) et les conventions bilatérales et multilatérales d'entraide judiciaire en matière pénale (commission rogatoire, citation et notification). La norme internationale peut également avoir pour objectif l'harmonisation des législations nationales dans le domaine procédural. Tel est le cas du Pacte international relatif aux droits civils et politiques qui fait partie « *des déclarations internationales de droits, qui, s'imposant aux législateurs et aux juges nationaux, font émerger une sorte de standard du procès équitable constitué de principes transcendant la diversité des dispositifs nationaux* »[937]. On peut également penser à la Convention internationale contre la torture qui pose une obligation sur les États d'exclure les aveux obtenus par les moyens cruels et inhumains (article 15).

**360.** Au regard de cette expansion conventionnelle, il est nécessaire que les normes internationales de procédure soient rédigées de manière précise afin de suffisamment cadrer leurs implications sur la liberté individuelle (B). Pour constater cette exigence, il faudra, tout d'abord, sonder la question du déploiement du principe de légalité dans le domaine de procédure pénale (A).

### A. L'INTERROGATION SUR LE CARACTÈRE PROCÉDURAL DU PRINCIPE DE LÉGALITÉ

**361.** Le principe de légalité n'est pas explicitement consacré dans le domaine de procédure pénale. Si son importance pour les normes substantielles a été attestée par les diverses instruments constitutionnel, international et législatif, aucune source n'édicte l'adage « *pas de procédure sans loi* ». La doctrine a exigé d'étendre l'application du principe canonique de droit pénal aux règles procédurales par une myriade d'arguments. Parfois, l'extension est fondée au regard des libertés individuelles[938], sur la nécessité d'éviter l'arbitraire[939] ou sur la règle de la bonne

936 DESPORTES Frédéric et LAZERGES-COUSQUER Laurence, *Traité de procédure pénale*, *op. cit.*, p. 63.

937 *Ibid.*, p. 89.

938 LEVASSEUR Georges, « Réflexions sur la compétence : un aspect négligé du principe de la légalité », *in* JULLIOT DE LA MORANDIÈRE Léon, *Problèmes contemporains de procédure pénale : recueil d'études en hommage à M. Louis Hugueney*, Sirey, 1964, p. 13 et s.

939 VITU André, « Le principe de légalité et la procédure pénale », *RICPT*, 1967, n° 2, p. 94 et s.

administration de la justice[940]. D'autres fois, la légalité procédurale est présentée comme une double garantie de la sûreté des citoyens et de la sécurité juridique[941] ou la résultante de la conjugaison de l'intérêt individuel avec celui de la société[942]. Ce dernier fondement a été également exploité par la doctrine égyptienne pour réclamer « *la légalité procédurale pénale* »[943].

**362.** C'est ainsi que le Conseil constitutionnel français a déduit des articles 8 de la DDHC et 34 de la Constitution que le respect des droits de la défense « *constitue un principe fondamental reconnu par les lois de la République* »[944]. On pourrait également fonder ce respect des droits procéduraux sur l'article 4 de la DDHC. Cependant, il faut noter que si le principe de légalité s'applique à la procédure comme au droit pénal, il ne s'applique pas dans les deux cas avec la même rigueur[945]. Les conséquences de ce principe, relatives à la non-rétroactivité et l'interprétation stricte, sont perçues différemment à cause du particularisme des lois de procédure. Mais il reste important qu'une règle procédurale ne puisse être imposée à l'individu que par l'intermédiaire d'une loi préalable et suffisamment précise. Cette exigence est affirmée par l'avocat général de la Cour de cassation française selon lequel « *le principe de la légalité de la procédure pénale et l'obligation faite au législateur de ne pas méconnaître sa compétence impliquent pour celui-ci de définir avec une précision suffisante les règles de procédure pénale* »[946].

**363.** En *droit américain*, les normes de procédures ne sont pas expressément visées par les principes posés par la Cour suprême. Cela étant, dans une affaire administrative, la Cour suprême fédérale discute d'un certain « caractère procédural »[947] du principe de procès équitable au sens du cinquième et du quatorzième amendement. Elle clarifie qu'il « *impose des contraintes aux décisions gouvernementales qui privent les individus de leurs droits à la liberté et à la propriété* ». Ainsi, il appartient aux juridictions de pondérer l'intérêt de l'individu, l'intérêt du gouvernement et « *le risque d'une privation injustifiée du droit individuel par les procédures existantes* »[948].

Malgré le fait que l'arrêt de la Cour suprême intéresse la matière administrative, une juridiction pénale d'un État fédéré l'a investi pour affirmer que les procédures pénales doivent

---

940 HERZOG-EVANS Martine et ROUSSEL Gildas, *Procédure pénale*, 5e éd., Vuibert, 2014, p. 64 ; BOULOC Bernard, *Procédure pénale*, *op. cit.*, p. 9.

941 DESPORTES Frédéric et LAZERGES-COUSQUER Laurence, *op. cit.*, p. 156 et s.

942 RASSAT Michèle-Laure, *op. cit.*, p. 100.

943 SOROUR Ahmed Fathi, *op. cit.*, p. 79. Sans y consacrer un chapitre, d'autres pénalistes égyptiens discutent des radiations du principe de légalité criminelle sur les procédures pénales ; HOSNI Naguib, *op. cit.*, p. 15 et MUSTAFA Amine, *op. cit.*, p. 22.

944 Cons. Const., 17 janvier 1989, n° 88-248 DC, *Recueil p.* 18.

945 BOULOC Bernard, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 9.

946 Cass. ass., 20 mai 2011, *B.* n° 7, concl. CORDIER, consulté sur : *courdecassation.fr*. « Le principe de la légalité de la procédure pénale » est également apparue dans une question prioritaire de constitutionnalité adressée à la chambre criminelle ; V. Cass. Crim., 22 février 2012, n° 11-87291, Inédit, consulté sur : *legifrance.gouv.fr*.

947 *Mathews v. Eldridge*, 424 U.S. 319 (1976). La Cour suprême emploie la terminologie « procedural due process ».

948 *Jankovich v. Illinois State Police*, 2017 IL App (1st) 160706, 78 N.E.3d 548 (2017).

respecter le principe du procès équitable[949]. Ce précédent qui dévoile le caractère procédural du principe du procès équitable[950] a été également investi par la Cour d'appel de l'État de Washington pour tirer une déduction intéressante pour la précision. La juridiction pénale a affirmé que la doctrine de l'imprécision s'applique aux normes pénales de procédure « *selon les intérêts constitutionnels impliqués* »[951]. Dans les faits, un détenu saisit la juridiction compétente pour raison du fait que l'autorité pénitentiaire l'empêchait de recevoir ses correspondances. Le détenu dépose une demande de dispense des frais liés à cette procédure. Quand sa requête fut refusée, il décide de contester la légalité de la norme procédurale selon laquelle une juridiction peut refuser une requête de dispense de frais si, antérieurement, l'intéressé s'est vu refusé un recours pénal pour motif de malveillance. Même si le moyen est refusé, le critère de la précision des normes procédurales est retenu et il est justifié par la jurisprudence de la Cour suprême.

**364.** Si la Cour suprême n'a jamais explicitement posé une condition de précision pour les normes pénales procédurales, elle a effectué cet exercice en pratique. C'est ce que révèle l'arrêt *Kolender v. Lawson*[952] relatif aux contrôles d'identité effectués par la police. Dans l'État de Californie, l'accusé avait été interpellé par un officier de paix sur le fondement du § 647(e) du code pénal local. Cette disposition exige de l'individu « *errant dans les rues* », sans raison légitime, de présenter une identification « *crédible et fiable* » en cas d'interpellation par les autorités compétentes. Selon la juridiction suprême de Californie, le standard de crédibilité est défini comme « *celui qui présente une assurance raisonnable que l'identification est authentique et fournissant les moyens de contacter la personne ultérieurement* ». Si l'individu ne présente pas l'identification exigée, l'officier a le droit de procéder à une arrestation. Lawson conteste alors la constitutionnalité de cette norme procédurale au niveau fédéral. La Cour fédérale d'appel lui donne gain de cause, jugeant que le contrôle en question enfreint l'interdiction des fouilles injustifiées posée par le quatrième amendement de la Constitution, en ce qu'il « *consacre un standard vague susceptible d'une application arbitraire* »[953].

Non satisfait de la décision, le chef de police californienne se pourvoit devant la Cour suprême. Pour les juges, la Constitution a été conçue pour protéger la liberté individuelle. La limitation de cette liberté, par des règles pénales, doit répondre à des critères de « *précision et de certitude* »[954]. Elle interprète la condition de précision comme une obligation faite au législateur « *d'établir des directives minimales pour régir la mise en vigueur* » de la loi pénale. En l'absence de cette précision, on serait dans une situation opaque « *qui permet aux policiers, aux procureurs et aux jurys*

949 *Matter of Troupe*, 423 P.3d 878 (2018).

950 *Mathews v. Eldridge*, *op. cit.*

951 *Matter of Troupe*, 423 P.3d 878 (2018).

952 *Kolender v. Lawson*, 461 U.S. 352 (1983).

953 *Lawson v. Kolender*, 658 F.2d 1362 (9th Cir. 1981).

954 *Kolender v. Lawson*, *op. cit.*

*de poursuivre leurs prédilections personnelles* ». Selon la Cour, la disposition en question est en tension avec la liberté d'expression et la liberté de mouvement pour motif qu'elle ne décrit pas « *avec suffisamment de précision ce qu'un suspect doit faire* » pour satisfaire aux obligations de la loi.

### B. LES CONSÉQUENCES POUR LA PRÉCISION DES NORMES INTERNATIONALES DE PROCÉDURE PÉNALE

**365.** Pour une consécration pratique du principe de légalité procédural dans le domaine des normes internationales, les efforts du juge pénal en Égypte et en France se concordent pour donner un aspect complet des conséquences de ce principe.

**366. L'aspect formel de la légalité procédurale.** Par rapport à l'aspect formel, on a pu relever un arrêt intéressant de la *Cour de cassation égyptienne*[955]. L'accusé dans l'affaire était le Ministre de l'énergie électrique poursuivi pour des infractions de corruption. Après son acquittement par la Cour d'assises, le Procureur général se pourvoit en cassation pour contester la décision des juges du fond. Le Procureur leur reproche d'avoir refusé d'adresser aux autorités suisses une demande de commission rogatoire pour lever le secret bancaire du compte du Ministre. De son côté, la chambre criminelle indique qu'« *une commission rogatoire internationale doit être fondée […] sur une convention internationale* ». Elle précise que le Ministère des affaires étrangères a informé que l'État égyptien n'a pas conclu de traité de coopération judiciaire avec la Suisse. Par conséquent, la Cour ne peut répondre à la demande de commission rogatoire au regard du fait qu'une telle demande « *est dépourvue du fondement international et juridique* »[956]. Sans formuler clairement la maxime « *pas de procédure sans texte* », la chambre criminelle dégage ses implications.

**367.** Un deuxième exemple de la consécration pratique du principe de légalité procédurale dans le domaine des normes internationales provient du droit de la mer. La chambre criminelle de la Cour de cassation égyptienne a affirmé la compétence des autorités nationales, pour lutter contre le trafic des stupéfiants, d'effectuer des procédures de perquisition sur un navire commercial étranger se trouvant dans la mer territoriale[957]. La chambre justifie sa position par le fait que le droit international a bien défini les cas dans lesquels l'État territorial peut déroger à la compétence originale de l'État de pavillon. Sans acclamation de la légalité, elle présente en détail deux conventions sur la question. Par argument *a contrario*, l'absence d'un texte international aurait entraîné la recevabilité de l'exception d'incompétence.

**368. L'aspect matériel de la légalité procédurale : la compétence extraterritoriale devant la Chambre criminelle française.** Par rapport à l'aspect matériel de la légalité procédurale,

---

955 Cass. Crim. (Egy), 26 décembre 1982, Req. n° 4321, année judiciaire 52, consulté sur : *cc.gov.eg*.

956 *Ibid.*

957 Cass. Crim. (Egy), 4 juin 1986, Req. n° 671, année judiciaire 56, consulté sur : *cc.gov.eg*.

donc à l'exigence de la précision des normes internationales formelles, ce sont les *juridictions françaises* qui donnent les enseignements.

Dans les faits, des ressortissants bosniaques, résidant en France, ont déposé plainte avec constitution de partie civile auprès du juge d'instruction de Paris, contre personne non dénommée, pour crimes de guerre, torture, génocide, crimes contre l'humanité. Les plaignants ont dénoncé des faits dont ils auraient été victimes en Bosnie-Herzégovine en 1992. L'article 689 du Code de procédure pénale précise que les auteurs ou complices d'infractions commises hors du territoire de la République peuvent être poursuivis et jugés par les juridictions françaises lorsqu'une convention internationale donne compétence aux juridictions françaises pour connaître de l'infraction. Pour la chambre d'accusation de la Cour d'appel de Paris, ces conventions instituant des règles de compétence « *doivent nécessairement être rédigées de manière détaillée et précise* »[958]. Elle constate que les quatre conventions de Genève, sur lesquels s'appuie la partie civile, « *ne sont pas directement applicables en droit interne* » dans la mesure où leurs « *dispositions revêtent un caractère trop général pour créer directement des règles de compétence extraterritoriales en matière pénale* »[959]. La chambre criminelle confirme ce raisonnement en relevant « *l'absence d'effet direct des dispositions des quatre conventions de Genève, relatives à la recherche et à la poursuite des auteurs d'infractions graves* ». Par la terminologie que nous avons instituée, on entend que les normes internationales procédurales doivent être rédigées de manière précise pour être pénalement effective.

**369. Les commissions rogatoires internationales devant la Chambre criminelle égyptienne.** Le contrôle de la précision des normes internationales de procédure a été également attesté dans la jurisprudence égyptienne mais de manière moins explicite que son homologue français.

Dans une affaire d'importation et de possession de stupéfiants, les accusés ont contesté les témoignages obtenus par l'intermédiaire d'une commission rogatoire effectuée en Syrie, en raison du fait que seules les autorités nationales d'enquête sont compétentes pour accomplir cet acte de procédure. Après avoir rappelé que les commissions rogatoires sont un aspect important de la coopération internationale, la chambre criminelle affirme que l'article 7 de la convention appliquée « *a bien organisé […] la méthode d'exécution de la commission rogatoire et il a affirmé qu'elle est effectuée par voie diplomatique* »[960]. La Chambre s'est attachée à montrer le niveau de détail avec lequel les États parties ont prévu l'accomplissement de cette procédure comme moyen de préserver la bonne administration de la justice. Il nous semble ainsi que cette décision est une preuve supplémentaire de la recherche du critère de précision dans le cadre des normes procédurales de source conventionnelle.

---

958 Cass. Crim., 26 mars 1996, *B.* n° 132, p. 379.

959 *Ibid.*

960 Cass. Crim. (Egy), 13 juin 1961, Req. n° 1745, année judiciaire 30, consulté sur : *cc.gov.eg*.

## CONCLUSION DU CHAPITRE I

**370.** La légalité des délits et des peines, principe « *cardinal* », « *clé de voûte* » du système répressif, se présente comme l'élément fondamental dans le processus d'inculturation des conditions d'application des conventions internationales dans le domaine pénal. Toute reconstruction de ces conditions doit prendre en compte les enjeux du principe de légalité.

**371.** Ainsi, pour qu'une convention puisse créer une infraction dans l'ordre interne, ses normes doivent être pénalement complètes, réunissant « *incrimination* » et « *sanction* » comme deux éléments constitutifs. Le rattachement des différents États à leur souveraineté et la diversité de leurs systèmes répressifs expliquent la rareté des infractions complètes de source internationale. Par les mots de Claude Lombois, il faut le « *souffle* » de la loi interne « *pour l'animer* ». Par conséquent, le législateur national intervient pour compléter les lacunes caractéristiques des traités en conjuguant l'obligation internationale de punir à d'autres éléments de droit pénal interne, à savoir la sanction. Le « renvoi » du législateur à la norme internationale peut être partiel, dans l'intérêt de compléter une composante de l'incrimination nationale ; comme il peut être intégral, la loi nationale se limitant à doter d'une sanction l'incrimination internationale. Cette technique de renvoi a soulevé des questions par rapport à la complétude du dispositif de répression des crimes contre l'humanité en droit pénal français. Le renvoi de la loi de 1964 à l'Accord de Londres a été analysé par la doctrine comme d'effet incriminateur. « *La plus grande imperfection est de se croire parfait* ». Toutefois, la jurisprudence de la Chambre criminelle, en matière de crimes contre l'humanité, semble voir dans la loi de 1964 une constatation d'une infraction complète au lieu de la perfection de celle-ci. Au regard du critère de complétude, nous avons déterminé que la nature particulière de ces crimes et leur appartenance à un système répressif spécifique ont autorisé l'apport jurisprudentiel en la matière. Cependant, comme dans tous les cas d'incrimination par renvoi, le juge pénal est censé combiner les droits international et interne pour pouvoir poursuivre ces infractions.

**372.** De même, les normes pénales de source conventionnelle doivent respecter une certaine qualité matérielle exigée par le principe de légalité. Le droit pénal met en jeu la protection des libertés individuelles. Par conséquent, les incriminations et les sanctions doivent être rédigées de manière claire et précise pour être accessibles aux individus et éviter l'arbitraire. Comme en tradition de droit civil, cette exigence est identiquement vénérée dans la *Common Law* américaine, comme l'atteste la centralité de la « *vagueness doctrine* ». Si cette exigence de précision concerne traditionnellement les règles pénales de fond, les mêmes enjeux sous-jacents, relatifs à la protection de la liberté individuelle, nécessite une extension de cette condition règles de forme. Sans proclamer un principe de légalité procédurale, la jurisprudence pénale comparée semble rattacher une importance particulière à la précision des normes formelles de source conventionnelle.

**373.** D'autres normes internationales pénètrent également l'espace pénal interne. Il s'agit surtout de normes protectrices de droits individuels. Ces règles ne sont pas conditionnées par les mêmes exigences que les normes pénales classiques. Comme l'exprime Eric Millard, « *les principes, dans leur imprécision, permettent la liberté, alors qu'au contraire, les règles devraient être précises et réservées aux*

*limitations de la liberté* »[961]. Au regard de cette nature distincte, l'étude de l'effectivité pénale des droits conventionnels sera étudiée sous l'angle de la « justiciabilité ».

961 MILLARD Eric, « Précision et effectivité des droits de l'homme », *La Revue des Droits de l'Homme* [en ligne], 7/2015, n° 12, consulté sur : *journals.openedition.org/revdh*.

# CHAPITRE II.

## LA JUSTICIABILITÉ, UN CRITÈRE REQUIS DANS LE CONTEXTE DES DROITS INDIVIDUELS

**374.** Les fonctionnaires de chemin de fer semblent être des acteurs majeurs dans le développement de la question de l'application des conventions internationales. À la suite d'un différend avec l'administration polonaise, les fonctionnaires ferroviaires de la ville libre de Dantzig demandent l'avis consultatif de la Cour permanente de justice pour solliciter des réclamations pécuniaires sur le fondement d'un accord international. La Cour considère que l'intention des parties était « *l'adoption […] de règles déterminées créant des droits et obligations pour des individus et susceptibles d'être appliquées par les tribunaux nationaux* »[962].

**375.** Ce critère subjectif de création de droits individuels crée des confusions en matière de droit pénal. L'exigence de ce critère pour toutes les normes internationales pénétrant dans l'espace pénal est illogique. Cette confusion est due à la corrélation qui est faite entre droits individuels et invocabilité. Les normes pénales internationales de fond et de forme sont invocables nonobstant la consécration de droits individuels. Un accusé peut invoquer la clause conventionnelle pour demander l'incompétence des juridictions de l'État à son égard. Même si la clause n'est pas invoquée par l'une des parties, le juge pénal peut l'appliquer d'office pour asseoir sa compétence. Ainsi, les normes pénales de fond et de procédure, proprement dit, ne sont pas conditionnées par le critère subjectif de création de droits individuels.

**376.** La jurisprudence française est instructive dans ce domaine. Concernant les dispositions procédurales de la Convention de Montego Bay, la chambre criminelle a corrigé le dévoiement des juridictions inférieures qui avaient recherché la justiciabilité d'une telle disposition. Durant la procédure, la Cour d'appel de Rennes avait jugé que cette convention « *n'est pas d'application directe devant les tribunaux répressifs* »[963], dans le sens où « *elle ne peut être invoquée par une partie au procès qui souhaiterait en revendiquer le bénéfice ou en écarter l'application* »[964]. Ensuite, les juges du fond ajoutent que « *seul le Procureur de la République, à l'inverse des autres parties au procès* » a la possibilité « *d'invoquer les dispositions de la Convention* »[965] et « *de se conformer aux obligations générales et particulières contractées par l'État côtier* »[966]. Ainsi, la juridiction inférieure a effectué une recherche

962 CPJI, avis du 3 mars 1928, *Compétence des tribunaux de Dantzig*, Sér. B, n° 15.

963 CA Rennes, 27 septembre 2007, *Navire Trans Arctic*, n° 1742/2007, *Le droit maritime français* [en ligne], n° 688, 1er janvier 2008, obs. BONASSIES.

964 *Ibid.*

965 CA Rennes, 25 octobre 2007, *Navire Fast Independance*, n° 1907/2007, *Le droit maritime français* [en ligne], n° 688, 1er janvier 2008, obs. BONASSIES.

966 CA Rennes, 27 septembre 2007, *Navire Trans Arctic*, *op. cit.*

de justiciabilité critiquable pour une norme internationale procédurale[967]. Pour la chambre criminelle, l'article 228 de ladite convention prévoit « *une cause spéciale d'extinction de l'action publique bénéficiant à l'ensemble des personnes visées par les poursuites préalablement engagées* »[968]. Aucune analyse de l'intention des parties de créer des droits au profit des individus n'est nécessaire pour une norme pénale de forme *stricto sensu*.

**377.** Ainsi, le contexte dans lequel surgit la question de la justiciabilité est celui dans lequel est avancé un droit individuel tiré d'une convention internationale comme moyen de défense. Notre compréhension de la justiciabilité se rapproche des définitions de l'effet direct donné par certains pénalistes français. Pour Frédéric Desportes et Laurence Lazerges-Cousquer :

> « L'acte international doit créer des droits au profit des personnes, physiques ou morales. Si, au contraire, il ne régit que les relations entre les États, seuls ces derniers pourront se plaindre de ce que ses prescriptions n'auraient pas été respectées par une autre partie »[969].

**378.** Cependant, cette définition ne tient compte que d'une seule face, la plus classique certes, de cette question de justiciabilité. La norme pénale internationale doit conférer des droits aux individus pour jouir d'une effectivité pénale. Ce volet répond ainsi à la question suivante : existe-t-il un droit justiciable ? (Section I)

Or, dans certains cas, l'existence du droit justiciable ne suffit pas en soi pour doter la norme internationale de l'effectivité pénale. Une question supplémentaire est alors posée : est-ce que le droit peut être protégé par le juge pénal ? (Section II). Dans le Dictionnaire de la justice, le terme désigne, premièrement, « *la faculté de prendre la qualité de justiciable* »[970] pour signifier, deuxièmement, « *ce sur quoi les juges acceptent de statuer* »[971], « *les demandes qu'ils acceptent de recevoir* »[972]. La justiciabilité se décline ainsi en double concept selon qu'on se place du côté du droit individuel ou de celui du juge pénal.

**379.** La justiciabilité est ainsi comprise comme la possibilité de faire valoir un droit dans un procès pénal. Selon la conception romano-germanique, l'existence d'un droit subjectif se traduit forcément par la possibilité de s'en valoir devant une juridiction, alors que le droit américain entoure cette possibilité de deux restrictions. La première est due au système de *Common Law* sur l'exigence d'un remède. L'autre est liée à une volonté des pouvoirs politiques de limiter l'accès à la justice sur le fondement des normes internationales.

---

967 Pour la critique du paradoxe de l'invocabilité de la norme internationale par le Procureur et la limitation faite aux parties, V. BONASSIES Pierre, « De l'application nuancée par la Cour d'appel de Rennes de l'article 228 de la Convention de Montego Bay (compétence de l'État côtier en cas de pollution dans sa zone économique exclusive) », *Le droit maritime français* [en ligne], n° 688, 1er janvier 2008.

968 Cass. Crim., 5 mai 2009, *B.* n° 85.

969 DESPORTES Frédéric, LAZERGES-COUSQUER Laurence, *op. cit.*, p. 73.

970 ATIAS Christian, « Justiciabilité », *in* CADIET Loïc (dir.), *Dictionnaire de la justice*, PUF, 2004, p. 798.

971 *Ibid.*

972 *Ibid.*, p. 799.

## SECTION I.
## LA CONSÉCRATION D'UN DROIT INDIVIDUEL DANS LA CONVENTION

**380.** Il s'agit ici de répondre à la question suivante : est-ce que la convention s'adresse à l'individu pour lui conférer un droit de défense ?

Ce critère se dirige vers la fonction du droit international comme régulateur de la société internationale. Si les sujets de ce droit sont principalement les États, il faut que la norme vise les individus pour renverser la présomption de son discours interétatique.

**381. Justiciabilité et invocabilité.** Il ne faut pas confondre la question de la création d'un droit individuel par la convention avec celle de son invocabilité par l'individu[973]. La justiciabilité est une qualité qui fonde l'effectivité pénale ; l'invocabilité est un mécanisme qui surgit en conséquence. L'invocabilité est généralement affaire de l'individu, mais elle peut également revenir au juge qui soulève *sua sponte* un droit conventionnel[974]. D'ailleurs, la chambre criminelle de la Cour de cassation française affirme qu'il est du devoir des juges du fond « *de rechercher eux-mêmes, en fonction des circonstances de fait de la cause, s'il n'y avait pas lieu de faire application en l'espèce des dispositions d'un traité international* »[975]. L'invocabilité est une matérialisation de la justiciabilité et, plus généralement, de l'effectivité pénale. Elle est comprise comme la possibilité d' « *appeler* » une norme juridique devant le juge[976].

**382.** En matière pénale, les droits consacrés par les conventions internationales se traduisent généralement en garanties procédurales, la chambre criminelle de la Cour de cassation française les qualifiant de « *droits de défense* »[977]. Il n'est pas nécessaire que le traité lui-même soit de nature pénale, mais il suffit que le droit individuel soit invoqué comme défense dans le procès pénal. Il faudra divulguer la rationalité qui se cache derrière ce critère (§ 1) avant d'analyser les cas concrets où le juge pénal a dû le rechercher (§ 2).

---

973 « Si une norme internationale n'est pas *self-executing*, elle n'est pas non plus d'applicabilité directe pour les individus ; mais si elle est auto-exécutoire, elle n'est pas forcément d'applicabilité directe pour les particuliers » ; HUET André et KOERING-JOULIN Renée, *op. cit.*, p. 18.

974 V. à titre d'exemple, Cass. Crim., 7 avril 1987, *B. crim.* n° 160, p. 435 : « Sur le moyen relevé d'office, et pris de la violation de la convention internationale de Genève sur les transports internationaux de marchandises par route ». V. également, Cass. Crim., 18 juin 1996, *B. crim.* n° 256, p. 777.

975 Cass. Crim., 18 février 1971, *B. crim.* n° 57, p. 143. Le même principe est adopté par la Chambre civile qui applique d'office certaines dispositions internationales. V. à titre d'exemple, Cass. Civ., 20 décembre 1960, *B.* n° 557.

976 TRIENBACH Mélanie, *op. cit.*, p. 231.

977 Cass. Crim., 1er décembre 1966, *B.* n° 275, p. 621.

## § 1. LA RATIONALITÉ DE L'EXIGENCE DU DROIT INDIVIDUEL

**383.** « *Le critère du destinataire de la norme nécessite de la part du juge une méthode d'interprétation qui le fait pénétrer et l'oblige à apprécier la volonté des États parties à l'engagement international de créer des droits subjectifs* »[978]. Or, la place donnée à cette question dans la jurisprudence comparée est loin d'être uniforme (A). La divergence de positions s'étend également aux critères investis par le juge pénal pour analyser l'existence d'un droit individuel dans la convention internationale (B).

### A. UN INTÉRÊT DIFFÉRENT SELON LES JURISPRUDENCES

**384.** La lecture de la jurisprudence comparée démontre que la question de la justiciabilité du droit conventionnel ne prend pas la même ampleur devant le juge pénal égyptien (1), d'un côté, et ses homologues français et américain, de l'autre (2).

#### 1. Le libéralisme du juge pénal égyptien

**385.** L'analyse des décisions pénales des juridictions égyptiennes a montré une particularité dans leur jurisprudence par rapport à celle de leurs homologues français et américain. En matière d'application des conventions internationales, le juge égyptien ne recherche guère cette question de la justiciabilité dans le sens de savoir si la convention confère des droits aux individus[979]. Le juge pénal égyptien, devant lequel est soulevé un droit conventionnel, semble admettre l'effectivité pénale de ce dernier mécaniquement.

**386.** Pour illustrer cette spécificité, prenons deux exemples de traités qui soulèvent classiquement ce genre d'interrogation. En premier titre, le moyen tiré d'une convention d'extradition est accueilli par la chambre criminelle de la Cour de cassation sans aucune analyse de la justiciabilité de la disposition internationale pour les individus[980]. Le second exemple des instruments de droits de l'homme est même plus révélateur et plus pertinent.

**387. L'exemple du droit de grève dans un Pacte international.** La fameuse affaire de la grève des conducteurs de la société des chemins de fer était l'occasion pour sonder l'effectivité pénale du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels[981]. À l'époque des faits, la grève des fonctionnaires publics constituait un délit en vertu de

---

978 TIGROUDJA Hélène, « Le juge administratif français et l'effet direct des engagements internationaux », *RFDA* 2003, p. 158.

979 Pour ce qui est de la jurisprudence constitutionnelle, a été relevé un seul arrêt dans lequel la Haute cour constitutionnelle a bien précisé que « les droits et les obligations », dans la convention en question, « s'adressent aux États et non aux individus » ; HCC (Egy), 6 février 1993, Req. n° 57, année judiciaire 4, consulté sur : *sccourt.gov.eg*.

980 V. à titre d'exemple, Cass. Crim. (Egy), 4 mars 2010, Req. n° 10664, année judiciaire 79, consulté sur : *cc.gov.eg*.

981 Cour de sûreté de l'État-Urgence (Egy), 16 avril 1987, Req. n° 4190, année 86, consulté sur : *eastlaws.com*. Pour une analyse détaillée, V. ELKAHWAGY Aly, *op. cit.*, p. 33 et s.

l'article 124 du code pénal égyptien. La défense avait soulevé le moyen de l'abrogation tacite de cette incrimination par l'article 8 dudit Pacte qui garantit le droit fondamental de grève. Les juges procèdent à l'examen de la validité formelle du texte international et ils admettent le moyen tiré de ce dernier, acquittant par la suite les accusés. Aucune recherche de l'intention des parties au Pacte de conférer des droits aux individus n'est entamée. Cet arrêt est emblématique au regard de la rédaction de la disposition internationale qui peut facilement justifier la solution contraire[982]. Le texte s'adresse aux « *États parties au présent pacte* » qui « *s'engagent à assurer* » le droit de grève. L'arrêt est également intéressant du fait de son émanation d'un tribunal d'exception et non pas d'une juridiction de l'ordre judiciaire[983].

**388. Confirmation par les autres formations de la Cour de cassation.** Cette particularité égyptienne est corroborée par la lecture des décisions des juridictions non-répressives. Ainsi, plusieurs arrêts de différentes chambres de la Cour de cassation attestent du libéralisme du juge égyptien par rapport à la question de la justiciabilité des droits conventionnels dans les domaines de double imposition[984], d'arbitrage[985], d'opérations bancaires[986] et de torture[987], à titre d'exemple. Pour le juge administratif :

> « L'individu est un sujet indirect du droit international, […] ainsi, l'effet des dispositions de la convention s'étend aux individus dans l'État égyptien que ce soit au niveau des droits ou celui des obligations »[988].

**389.** Jusqu'à preuve jurisprudentielle contraire, il nous semble que l'effectivité pénale des conventions internationales, en droit égyptien, n'est pas conditionnée par la justiciabilité du droit qu'elle consacre.

---

982 « 1. Les États parties au présent Pacte s'engagent à assurer:

d) Le droit de grève, exercé conformément aux lois de chaque pays ».

983 Il s'agit de la Cour de sûreté de l'État qui était dotée d'une compétence exceptionnelle liée à la déclaration de l'État d'urgence. Elle juge des infractions de droit commun renvoyées par le Président de la République, ainsi que des violations des règlements présidentiels. V. SOROUR Ahmed Fathi, *Al-wasit fi qanoun al-ijra'at al-jina'iya (Manuel de procédure pénale)*, Dar Al-nahda Al-arabiya, 4ème éd., Le Caire, 1981, p. 949 et s. Le ministre des affaires juridiques du régime de Mubarak a rétrospectivement critiqué la reconnaissance de l'effectivité pénale du Pacte. Juriste de formation, Moufid Chehab avait déclaré que « le juge égyptien doit respecter le droit égyptien uniquement et ne doit aucun respect aux conventions internationales sauf si elles sont incorporées par l'Égypte ». Par ailleurs, le docteur en droit international (Paris) critique la position de certains juges « qui se sont permis d'appliquer directement les traités, comme à l'occasion de la grève des fonctionnaires de chemins de fer où l'arrêt de la Cour s'est fondé sur les conventions », cité dans ABDELKARIM Mustafa, *op. cit.*, p. 182.

984 Cass. Com. (Egy), 26 avril 2005, Req. n° 1133, année judiciaire 67, consulté sur : *cc.gov.eg*.

985 Cass. Com. (Egy), 10 janvier 2005, Req. n° 966, année judiciaire 73, consulté sur : *cc.gov.eg*.

986 Cass. Com. (Egy), 12 juin 2003, Req. n° 6811, année judiciaire 63, consulté sur : *cc.gov.eg*.

987 Cass. Civ. (Egy), 7 mars 2002, Req. n° 3619, année judiciaire 63, consulté sur : *cc.gov.eg*.

988 CJA (Egy), 11 mai 1959, Req. n° 750, année judiciaire 12, consulté sur: *eastlaws.com*.

## 2. La rigueur du juge pénal américain et français

**390. En droit français.** La consécration d'un droit individuel par la convention internationale est une condition exigée par les différentes juridictions. Plusieurs formules sont utilisées pour exprimer cette exigence. La jurisprudence administrative évoque, à titre d'exemple, que les dispositions conventionnelles en question « *ne produisent pas d'effets directs à l'égard des nationaux de ces États et ne peuvent, dès lors, être invoquées utilement* »[989] ou que ces dispositions « *créent seulement des obligations entre États sans ouvrir de droits aux intéressés* »[990] ou « *ne produisent pas d'effets directs dans l'ordre juridique interne* »[991].

**391. La Convention relative aux droits de l'enfant.** Le juge pénal semble emprunter cette terminologie lorsqu'il adresse la question de l'effectivité pénale de droits conventionnels. Cette exigence a été attestée dans une affaire dans laquelle était contestée la légalité de la détention provisoire d'un mineur âgé d'au moins 16 ans. La défense invoquait l'article 37 de la Convention relative aux droits des enfants en vertu duquel « *la détention d'un enfant doit être d'une durée aussi brève que possible* ». La chambre criminelle refuse toute effectivité pénale à cette disposition « *dès lors que ce texte, qui ne crée d'obligations qu'à la charge des États, ne saurait être invoqué directement devant les juridictions nationales* »[992].

**392. Convention sur le droit de la mer.** Au cours d'une opération de lutte contre les déballastages en mer, une tache de contamination maritime, provenant d'un navire tunisien, a été relevée dans la zone de protection écologique française. Poursuivi pour délit de rejet illicite d'hydrocarbures en mer, le propriétaire du navire est reconnu coupable et condamner à payer une amende. Devant la chambre criminelle, la défense soutient que la compétence des tribunaux français, dans ladite zone, est subsidiaire à celle de ses homologues tunisiens au regard des articles 228 et 231 de la Convention de Montego Bay. Ainsi, l'État tunisien devrait être avisé de la procédure engagée pour ne pas être privé de sa possibilité d'exercer lui-même sa juridiction originale. La Cour de cassation française refuse ce raisonnement par plusieurs motifs parmi lesquels figure le fait que la « *convention a pour seul objet d'aménager les relations diplomatiques entre les États signataires mais ne constitue pas, contrairement à ce que soutient la défense, une 'garantie procédurale' dont le respect pourrait être invoqué devant les juridictions répressives par les personnes poursuivies* »[993].

---

989 CE, 19 mars 2010, *Syndicat national des officiers de police*, n° 317225, Inédit, consulté sur : *legifrance.gouv.fr*.

990 CE ass., 8 mars 1985, *Garcia Henriaquez, Recueil Lebon*, p. 71.

991 CE, 28 mars 2001, *Collectifs contre les nuisances du TGV de Chasseneuil-du-Poitou et de Migné-Auxances*, *Recueil Lebon*, p. 967.

992 Cass. Crim., 18 juin 1997, *B.* n° 244, p. 806. Il est intéressant d'observer que, durant la même époque, la Cour de cassation belge a également considéré que les articles 3 et 12 de cette convention « ne sont pas d'application directe pour le juge pénal saisi de poursuites du chef d'infraction à l'article 369 bis du Code pénal » (délit de non-représentation d'enfant) ; Cass. (Bel), 10 novembre 1999, *T.J.K* 2000, p. 63, note HANSON, cité dans CLAES Erik et VANDAELE Arne, *op. cit.*, p. 440.

993 Cass. Crim., 19 avril 2017, n° 16-82111, Inédit, consulté sur : *legifrance.gouv.fr*.

**393.** Ces arrêts démontrent ainsi l'attachement du juge pénal français au critère du destinataire de la norme internationale pour déterminer l'effectivité pénale de cette dernière. Non seulement il importe que le traité n'ait pas pour seul objectif d'aménager des relations exclusivement internationales, mais il faut également que la norme internationale vise clairement son bénéficiaire. C'est ainsi que le juge français a refusé d'admettre le droit à la vie, consacré par le Pacte international des droits civils et politiques, comme défense dans une affaire d'entrave à interruption volontaire de grossesse du moment que ce droit « *n'est pas garanti au fœtus ou à l'embryon humain qui n'a pas la qualité de personne humaine* »[994].

**394. En droit américain.** De son côté, le *juge pénal américain* accorde la même importance au critère de la justiciabilité du droit conventionnel. La tendance générale du juge pénal s'oriente vers la négation de l'effectivité pénale aux droits individuels. Cette position est fruit de la concordance de plusieurs éléments juridiques, politiques et sociaux.

**395. Une ambiance politique hostile aux droits conventionnels.** L'explication puise son origine dans la période postérieure à la deuxième guerre mondiale et la ratification de nombreux instruments de droits de l'homme[995]. Le président de l'*American Bar Association* (association américaine du barreau) de l'époque a exprimé au mieux les peurs irrationnelles de l'intelligentsia juridique concernant les effets des traités sur le contexte politique et social de discrimination et de ségrégation. Ainsi, si un homme blanc, traversant Harlem dans sa voiture, accidentellement renverse un enfant noir, il pourrait être extradé vers un tribunal étranger ou un tribunal pénal international[996]. D'éminents politiciens mettaient en garde contre « *la tendance tentant à utiliser le pouvoir de conclusion des traités pour effectuer des changements sociaux internes* »[997]. C'est dans ce contexte que le Sénateur Bricker sème la zizanie avec la proposition d'un amendement constitutionnel refusant toute effectivité aux conventions internationales. Même si la proposition n'aboutit pas, « *il est généralement rapporté que les juges lisent les journaux* »[998] et il peut être postulé que leur hésitation sur la question était le produit de la culture environnante.

---

994 Cass. Crim., 27 novembre 1996, *Bull.* n° 431, p. 1245. Sur la question générale de la protection pénale du fœtus, V. MOULY Jean, « Du prétendu homicide de l'enfant à naître », *RSC* 2005, p. 47.

995 Ratification de la Charte des Nations Unies en 1945, signature de la Convention relative au génocide en 1948, ratification des quatre conventions de Genève en 1955.

996 TANANBAUM Duane, *The Bricker amendment controversy: a test of Eisenhower's political leadership*, Cornell University Press, New York, 1988, p. 13. Frank Holman a exhibé des niveaux de phobie dignes de l'époque de la guerre froide. Dans son témoignage devant le Congrès, il affirme que « la Charte, la déclaration universelle et le blanc-seing des futures conventions des droits de l'homme » étaient des « chevaux de Troie » soviétiques destinés à transformer les États-Unis « d'une République à un État socialiste et centralisé » ; ANDERSON Carol, *Eyes off the prize : the United Nations and the African-American struggle for human rights, 1945-1955*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, p. 218.

997 HATHAWAY Oona, MCELROY Sabria, SOLOW Sara Aronchick, « International law at home: enforcing treaties in US courts », 37 *Yale J. Int'l L.* 51, 69 (2012).

998 *Ibid.*

**396. L'exemple du Protocole relatif au statut des réfugiés de 1967.** Dans *United States v. Aguilar*[999], un groupe de personnes était poursuivi pour les infractions de passage et d'hébergement d'étrangers en situation illégale, en vertu du § 1324 du titre 8 du Code fédéral. Pour se défendre devant la Cour d'appel, les accusés prétendent que la légalité de l'entrée et du séjour d'un étranger sur le territoire national doit être jugée au regard des conventions internationales. Le protocole précité, ratifié par les États-Unis, accorderait aux étrangers le statut de réfugiés, niant par conséquent le caractère délictuel de leur comportement. Les juges refusent ce raisonnement dans la mesure où le protocole n'était pas destiné à conférer des droits justiciables. « *La détermination du statut de réfugié […] incombe à l'État partie sur le territoire duquel se trouve le réfugié* ». La condamnation est confirmée puisque la norme internationale n'avait pas d'effectivité pénale pour écarter l'incrimination nationale dans le cas d'espèce[1000].

**397. Le domaine de trafic des stupéfiants.** Les affaires de trafic de stupéfiants semblent avoir donné lieu à beaucoup de précédents en la matière. Un exemple intéressant figure dans l'arrêt *United States v. Bent-santana*. L'accusé invoque un traité entre le Panama et les États-Unis sur la perquisition de navires panaméens par des agents américains[1001]. Selon l'accord, un représentant consulaire panaméen doit être présent à bord du navire au moment de l'exécution de cette mesure d'enquête. Or, la Cour fédérale d'appel considère que cette exigence procédurale conventionnelle n'est pas pénalement effective pour contester la légalité de la perquisition de la part de l'accusé ; « *seul le Panama peut invoquer* »[1002] la norme internationale.

Dans *United States v. Thompson*, la même Cour fédérale du onzième circuit a considéré qu'une convention doit créer des droits individuels pour se doter d'une effectivité pénale[1003]. Arrêté à 500 milles des côtes américaines, en possession d'une large quantité de cocaïne, l'accusé ne peut pas invoquer l'article 24 de la Convention de 1958 sur la mer territoriale et la zone contiguë[1004] pour contester l'arraisonnement et la perquisition de son bateau privé. Suivant le même raisonnement, l'article 6 de la Convention du 29 avril 1958 sur la Haute mer a reçu le même sort dans une autre affaire de trafic de stupéfiants[1005].

---

999 883 F.2d 662 (9th Cir. 1989).

1000 La cour fait allusion au fait que le Protocole pourrait éventuellement être utilisé pour clarifier le contenu de la loi nationale qui incorpore ses obligations.

1001 *United States v. Bent-santana*, 774 F.2d 1545 (11th Cir. 1985).

1002 *Ibid.* Pour David Sloss, si le Panama avait protesté contre la perquisition du navire à cause de l'absence du représentant consulaire, l'accusé pourrait invoquer la norme internationale. SLOSS David, « The domestication of International human rights: non-self-executing declarations and human rights treaties », 24 *Yale J. Int'l L.* 129, 150 (1999). Il est vrai que, dans certains cas, on a pu relever une tendance des cours fédérales américaines à faire le lien entre l'objection étatique et l'invocabilité individuelle comme en matière de conventions d'extradition ; V. *infra* n° 437.

1003 *United States v. Thompson*, 928 F.2d 1060 (11th Cir. 1991).

1004 « La zone contiguë ne peut s'étendre au-delà de 12 milles à partir de la ligne de base qui sert de point de départ pour mesurer la largeur de la mer territoriale ».

1005 *United States v. Peterson*, 812 F.2d 486 (9th Cir. 1987).

**398. La Convention de Vienne sur les relations consulaires.** Pour la seule convention de Vienne sur les relations consulaires, la divergence entre les tribunaux américains est assez frappante. Si la Cour suprême a supposé, sans trancher, l'existence d'un droit de notification consulaire[1006], les cours fédérales inférieures oscillent entre l'acceptation évidente et le refus catégorique de cette garantie procédurale[1007]. Pour les tribunaux étatiques, la balance tend plutôt vers le refus de l'effectivité pénale de cette convention internationale[1008] dans la demande de l'exclusion de preuves obtenues en absence de la notification consulaire exigée.

**399.** Pour résumer la position de la jurisprudence américaine sur la question, la Cour suprême constate dans Medellin l'existence d'une présomption selon laquelle « *les accords internationaux […] ne créent généralement pas des droits privés […] devant les cours nationales* »[1009]. Ce dicta est « *erroné* »[1010], « *confuse* »[1011], selon quelques juristes américains, alors qu'il est célébré par d'autres[1012]. Dans tous les cas, à chaque fois qu'un droit conventionnel est invoqué comme défense à une accusation pénale, les juridictions américaines étudient la question de sa justiciabilité.

### B. Les critères divergents de l'analyse judiciaire

**400. Entre analyses globale et fragmentaire des traités.** Une remarque préliminaire doit être avancée par rapport à la méthodologie de la recherche de la justiciabilité des droits individuels. Deux écoles sont en concurrence. La première analyse la convention dans son ensemble, acceptant ou rejetant son effectivité en bloc. La deuxième école découpe l'analyse de l'effectivité en une approche article par article, ne jugeant pas le traité dans sa globalité.

**401.** La jurisprudence étudiée montre que la chambre criminelle de la Cour de cassation française s'est toujours démarquée par son analyse fragmentaire de l'effectivité des dispositions internationales. L'exemple de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant du 26 janvier 1990 illustre au mieux cette méthode fragmentaire. La chambre criminelle s'est prononcée sur l'effectivité pénale des articles 2 et 16[1013], de l'article 37[1014] et de l'article 40[1015]

---

1006 *Sanchez-Llamas v. Oregon*, 548 U.S. 331 (2006).

1007 Arrêt négationniste : *United States v. Jimenez-Nava*, 243 F.3d 192 (5th Cir. 2001). Arrêt confirmatif du droit : *Osagiede v. United States*, 543 F.3d 399 (7th Cir. 2008).

1008 *Albarran v. State*, 96 So. 3d 131 (Ala. Crim. App. 2011); *State v. Soto-Portillo*, No. 1 CA-CR 11-0493, 2012 WL 6599808 (Ariz. Ct. App. Dec. 18, 2012).

1009 *Medellin v. Texas*, 552 U.S. 491 (2008).

1010 HATHAWAY Oona, MCELROY Sabria, SOLOW Sara Aronchick, « International law at home: enforcing treaties in US courts », *op. cit.*, p. 70.

1011 PARRY John, « Rewriting the Roberts Court's law of treaties », 88 *Texas Law Review* 65, 69 (2010).

1012 V. surtout YOUNG Ernest, « Treaties as "part of our Law" », 88 *Texas Law Review* 91, 108 (2009).

1013 Cass. Crim., 16 juin 1999, n° 98-84538, Inédit, consulté sur : *legifrance.gouv.fr*.

1014 Cass. Crim., 18 juin 1997, *B.* n° 244, p. 806.

1015 Cass. Crim., 27 novembre 1990, n° 90-85658, Inédit, consulté sur : *legifrance.gouv.fr*.

sans porter un jugement global de valeur sur celle de la convention. En cela, la chambre criminelle se démarque par rapport à la jurisprudence des autres chambres qui ont adopté cette approche dans une période tardive[1016].

**402.** En droit américain, l'analyse globalisante de la justiciabilité d'une convention internationale est généralement la norme pour le juge américain[1017]. Par l'analyse des arrêts de cours fédérales à notre disposition, il apparaît que l'approche article par article n'est employée que dans de rares cas. À titre d'exemple, dans l'arrêt *Jogi v. Voges*, les juges fédéraux ont singularisé l'effectivité de l'article 36 de la Convention de Vienne sur les relations consulaires, relatif au droit de la notification consulaire, « *malgré le fait que plusieurs parties [de cette convention] […] adressent exclusivement des questions interétatiques* »[1018]. De même, dans *INS v. Cardoza-Fonseca*, la Cour suprême distingue l'effectivité de deux articles différents du protocole de 1967 relatif au statut des réfugiés[1019].

**403.** Quelle que soit la méthode utilisée, le juge pénal tente généralement de divulguer l'intention de consacrer des droits aux individus. Classiquement, c'est la volonté commune des États parties qui détermine cette question (1). Cependant, le juge pénal américain se détache parfois par une analyse critiquable de l'intention unilatérale des États-Unis (2), nonobstant celles de ses partenaires conventionnels.

## 1. Recherche de la volonté commune des parties

**404.** Dans l'affaire du Lotus, la CPJI a exprimé la conception volontariste des règles du droit international. Selon la Cour :

> « Le droit international régit les rapports ente des États indépendants. Les règles de droit liant les États procèdent donc de la volonté de ceux-ci, volonté manifestée dans des conventions ou dans des usages […] établis en vue de la poursuite de buts communs »[1020].

---

1016 La jurisprudence non répressive de la Cour de cassation a évolué dans ce sens tardivement par rapport à la jurisprudence pénale. L'avocat général dans l'affaire Washington, point de départ du revirement, indique qu' « en présence d'un traité international, le juge doit procéder à l'analyse de chaque disposition invoquée devant lui afin de rechercher si elle pose une règle suffisamment précise et inconditionnelle pour être susceptible de produire un effet direct » ; Cass. civ. 1ère, 14 juin 2005, *Washington*, *JCP G*, 2005, II, 10115, p. 1576, concl. PETIT et note CHABERT. Par ailleurs, le Conseil d'État procédait par une analyse article par article. V. AUBERT Bernadette, *op. cit.*, p. 115 et s.

1017 V. pour l'exemple d'un arrêt fédéral, l'analyse globalisante d'une cour fédérale d'appel, à l'occasion d'une condamnation pour séjour irrégulier, de la Convention de 1984 contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, ainsi que la Convention relative au statut des réfugiés de 1951 : *United States v. Casaran-Rivas*, 311 F. App'x 269 (11th Cir. 2009). Pour une décision relative aux conventions de Genève sur le droit de la guerre, V. *Hamdi v. Rumsfeld*, 316 F.3d 450 (2003). Pour un arrêt étatique, V. *Sharifi v. State*, 993 So. 2d 907 (Ala. Crim. App. 2008) relatif à la justiciabilité de la Convention de Vienne sur les relations consulaires.

1018 *Jogi v. Voges*, 425 F.3d 367 (7th Cir. 2005).

1019 *INS v. Cardoza-Fonseca*, 480 U.S. 421 (1987). Cet arrêt n'est pas de nature pénale, mais il fournit une preuve supplémentaire de la rareté de l'approche fragmentaire dans la pratique judiciaire.

1020 CPJI, arrêt du 7 septembre 1927, *France c. Turquie, affaire du S.S. Lotus*, Sér. A, n° 10.

Cette conception justifie ainsi la référence à la volonté commune des parties à une convention internationale pour déterminer si les individus sont destinataires de ses effets[1021]. La question de la consécration de droits individuels effectifs, par une convention internationale, est question d'interprétation. Pour déterminer la justiciabilité, il faut élucider l'intention des États parties[1022].

> « De façon générale en l'absence de mention précise, pour conférer des droits aux particuliers, la norme [internationale] doit contenir des éléments permettant de déduire l'intention des rédacteurs de faire produire un tel effet et être suffisamment expressive dans la désignation des individus comme destinataires »[1023].

**405.** Traditionnellement, le juge pénal se focalise sur la formulation de la disposition internationale pour déterminer l'intention des rédacteurs (a). Dans des développements ultérieurs, l'indice rédactionnel perd de vitesse et c'est le contexte de conclusion du traité, élucidé par les travaux préparatoires et les propositions des parties, qui devient l'élément tranchant (b).

### *a. L'indice rédactionnel*

**406.** Il arrive qu'une convention internationale nie explicitement la création d'un droit individuel dans son texte. Dans ce cas précis, le juge ne pourrait trouver aucune effectivité pénale à ses dispositions comme moyen de défense. Le traité du 25 mai 1973 d'entraide judiciaire en matière pénale entre les États-Unis et la Suisse constitue une illustration intéressante dans ce domaine. Son article 37 indique que :

> « Les restrictions prévues par le présent traité ne sauraient autoriser une personne à intenter une action aux États-Unis tendant à ne pas admettre ou à exclure un moyen de preuve, ou à introduire un recours en relation avec une demande au sens du présent traité ».

Il est ainsi évident que les Parties n'avaient pas l'intention de dépasser le cadre de l'organisation des relations interétatiques[1024]. Dans la mesure où la demande d'entraide « *est exécutée selon le droit communément applicable dans l'État requis* »[1025], les Parties ont évincé la défense de la possibilité de trouver dans la convention elle-même un fondement pour exclure une preuve dans le cadre du procès pénal.

**407.** Mais dans la quasi-totalité des cas, le texte international ne donne aucune indication flagrante sur son éventuelle effectivité. C'est ainsi que le juge pénal national s'efforce de divulguer de la rédaction de la norme conventionnelle en question un indice sur la volonté des parties de

---

1021 DE SCHUTTER Olivier, *Fonction de juger et droits fondamentaux : transformation du contrôle juridictionnel dans les ordres juridiques américain et européens*, *op. cit.*, p. 122.

1022 CPJI, avis du 3 mars 1928, *Compétence des tribunaux de Dantzig*, Sér. B, n° 15.

1023 CA Versailles, ch. 3, 22 mars 2013, n° 11/05331.

1024 C'est ce que précise une Cour fédérale d'appel dans une affaire de contestation d'un gel des avoirs. V. *Cardenas v. Smith*, 733 F.2d 909 (D.C. Cir. 1984).

1025 Article 9.

conférer des droits aux individus. Cet indice est toujours ancré dans la jurisprudence américaine (i), alors qu'il a été dépassé par le juge français (ii).

**i. Un critère ancré dans la jurisprudence américaine**

**408.** La jurisprudence américaine classe les critères auxquels le juge pénal fait référence. Le texte est toujours prioritaire, et seulement en cas d'ambiguïté de ce dernier, il est fait référence au contexte. L'intention de conférer des droits aux individus « *peut être évidente dans le texte du traité, ou, si celui-ci est ambigu, elle peut être déterminée à partir des circonstances entourant la promulgation du traité* »[1026].

**409.** Cette méthode de rattachement à la lettre de la convention a pu être décelée depuis la période embryonnaire de la Cour suprême. Cité précédemment en abondance, l'arrêt *Foster v. Neilson*[1027] présente l'un des premiers développements dans ce domaine. S'agissant des droits de propriété des sujets espagnols après l'acquisition de la Louisiane par les États-Unis, la Cour se demande si « *les mots [de la convention] agissent directement* » sur ces droits. La convention en question prévoit que lesdits droits « *seront ratifiés et confirmés* ». Pour la Cour, le texte ne stipule pas que ces droits « *sont à présent confirmés* » (*hereby confirmed*)[1028]. Si tel avait été ses « *mots* », son effectivité dans la solution de l'affaire aurait été incontestable. Ainsi, le destinataire de cette norme internationale n'est pas l'individu mais le législateur[1029]. Trois ans plus tard, le littéralisme de la Cour persiste, même lorsqu'elle parvient à une solution opposée par rapport à la présence de droits individuels, et cela pour le même traité[1030]. Se fondant cette fois-ci sur la version espagnole, de même valeur que la version anglaise, elle constate que celle-ci indique que les droits individuels « *resteront ratifiés et confirmés* » (*shall remain ratified and confirmed*)[1031] et elle donne à la convention sa pleine effectivité.

**410.** La majorité des cours fédérales inférieures a respecté religieusement la méthode de la Cour suprême[1032]. Le juge pénal fédéral a même forgé des modèles de dispositions dépourvues de l'effectivité. Ainsi, « *une convention qui stipule que les États prendront les mesures nécessaires, selon leur propre droit, […] est preuve de son intention ne pas être self-executing* »[1033]. La même solution s'applique

---

1026 *United States v. Postal*, 589 F.2d 862 (5th Cir. 1979). V. également dans le même sens, *Diggs v. Richardson*, 555 F.2d 848 (D.C. Cir. 1976) et *In re alien children litigation*, 501 F. Supp. 544 (S.D. Tex. 1980). Pour une décision locale, V. l'arrêt de la Cour suprême de la Californie : *Fuji v. State*, 38 Cal.2d 718 (1952).

1027 *op. cit.*

1028 *Ibid.*

1029 *Ibid.*

1030 *United States v. Percheman*, 32 U.S. 51 (1832).

1031 *Ibid.* Pour une analyse de ces deux arrêts, contradictoires seulement en apparence, V. VASQUEZ Carlos, « The four doctrines of self-executing treaties », *op. cit.*, p. 701.

1032 Pour un exemple représentatif de ce fétiche linguistique, V. *United States v. Jimenez-Nava*, 243 F.3d 192 (5th Cir. 2001).

1033 *Tel-Oren v. Lybian Arab Republic*, 726 F.2d 774 (D.C. Cir. 1984); *In re Iraq Afghanistan detainees litigation*, 479 F. Supp. 2d 85 (D.D.C. 2007).

lorsque la norme internationale prévoit que les « *États parties déploieront leurs meilleurs efforts* »[1034] ou qu'ils « *vont promouvoir* »[1035] un objectif déterminé.

**411.** Plus récemment encore, dans une affaire de meurtre, la Cour suprême a analysé l'article 94 de la charte des Nations Unies qui édicte une obligation de respect des décisions de la Cour internationale de justice[1036]. En l'espèce, les États-Unis avaient ratifié le Protocole facultatif de règlement des différends touchant à l'interprétation ou l'application de la Convention de Vienne sur les relations consulaires. L'opinion majoritaire s'est focalisée sur les termes dans lesquels était rédigée l'obligation internationale. L'expression « *s'engage à se conformer* » s'adresse aux pouvoirs politiques de l'État partie pour prendre des actions appropriées. « *Le langage n'indique pas que le Sénat, en ratifiant le Protocol facultatif, avait l'intention de doter les décisions de la CIJ d'effet légal direct dans les cours nationales* »[1037]. Allant un pas plus loin, la Cour suprême examine si les rédacteurs du traité avaient expressément prévu une certaine effectivité pour les dispositions internationales dans le droit interne[1038].

**412.** C'est à partir de Medellin qu'on peut comprendre la revendication inquiétante d'auteurs américains exigeant que la convention déclare clairement dans son texte qu'elle confère des droits pour les individus, une conception connue comme « *the clear statement rule* »[1039]. C'est du moins ce que la jurisprudence fédérale inférieure post-Medellin enseigne sur la question de la justiciabilité des droits[1040].

Cette revendication est largement critiquée en doctrine[1041]. Plus généralement, le rattachement au texte n'est pas « *un critère fiable* »[1042] pour déterminer l'effectivité pénale de la norme internationale. Cette méthode a surtout été évaluée dans l'opinion dissidente du juge Breyer sous Medellin. Pour ce dernier, « *l'absence ou la présence, dans le langage d'un traité, [d'un indice] au sujet de l'auto-exécution ne prouve rien* »[1043]. Il s'agit d'une quête du Graal qui érige des obstacles légalistes pouvant menacer l'application d'autres dispositions conventionnelles[1044]. Il

---

1034 *In re alien children litigation*, 501 F. Supp. 544 (S.D. Tex. 1980).

1035 *Fuji v. State*, 38 Cal.2d 718 (1952).

1036 *Medellin v. Texas*, 552 U.S. 491 (2008).

1037 *Ibid.*

1038 *Ibid.*

1039 YOO John, « Treaties and public lawmaking: a textual and structural defense of non-self-execution », 99 *Colum. L. Rev.* 2218, 2255 (1999).

1040 *Mora v. New York*, 524 F.3d 183 (2d Cir. 2008), citant *Medellin*: « treaties do not create privately enforceable rights in the absence of express language to the contrary ».

1041 VASQUEZ Carlos, « Treaties as law of the land: the supremacy clause and the judicial enforcement of treaties », *op. cit.*, p. 636.

1042 IWASAWA Yuji, « The doctrine of self-executing treaties in the United States: a critical analysis », *Vanderbilt Journal of International Law*, 1986, p. 654.

1043 *Medellin v. Texas*, 552 U.S. 491 (2008).

1044 *Ibid.*

propose de remplacer cette analyse textuelle par une autre méthode plus pratique qui prend en compte le contexte de la conclusion du traité[1045]. La majorité s'est défendue sur le fondement du principe de la séparation des pouvoirs, puisque l'approche proposée par le juge Breyer aura pour conséquence d'attribuer aux tribunaux, et non pas au pouvoir politique, un rôle principal pour décider « *quand et comment les accords internationaux seront appliqués* »[1046].

**413.** Pour certains auteurs, et nous partageons leur opinion, la convention internationale confère un droit individuel du moment où elle pose une obligation sur l'État en forme d'action ou d'omission, peu importe les mots employés[1047]. En latin clair, *ubi obligatio ibi ius*.

**ii. Un critère dépassé dans la jurisprudence française**

**414.** L'indice rédactionnel était traditionnellement investi pour déterminer l'effectivité d'un droit consacré par une convention internationale devant la Cour de cassation. Ainsi, la chambre civile refuse l'application directe de l'article 30 de la Convention relative aux droits de l'enfant au regard que ce traité « *ne crée des obligations qu'à la charge des États parties* »[1048]. Cette solution « *résulte du texte même de la Convention* »[1049]. Quatre années plus tard, la chambre criminelle a retenu une solution identique concernant l'article 37 de la même convention[1050].

**415.** La doctrine a été très critique de l'appui de la jurisprudence sur ce critère « *insatisfaisant* »[1051], pour la raison qu'il semble « *délicat de déduire d'une simple formulation la volonté des États de nier l'effet direct d'un traité* »[1052]. Des auteurs ont réclamé que l'indice rédactionnel ne soit pas le critère exclusif pour déterminer l'effectivité, mais qu'il soit « *remis à sa place d'indice* »[1053]. La chambre criminelle française semble adopter ce point de vue, quand bien même elle n'a pas posé le principe explicitement. Dans plusieurs arrêts en début des années 2000, la chambre reconnaît l'effectivité pénale du droit au travail consacré par l'article 6 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels[1054]. La chambre n'a pas été dissuadée par la

---

1045 *Ibid.*

1046 *Ibid.*

1047 David Sloss regroupe ce courant doctrinal sous le nom des « Transnationalistes » ; V. SLOSS David, « Schizophrenic Treaty Law », *op. cit.*, p. 23-24.

1048 Cass. Civ., 15 juillet 1993, *B.* n° 236, p. 161; *D.* 1994, p. 191, note MASSIP.

1049 *Ibid.*

1050 Cass. Crim., 18 juin 1997, *B. crim.* n° 244, p. 806. Bien évidemment, la position de la Cour de cassation a évolué et la justiciabilité des droits consacrés par la convention a été acceptée.

1051 SCIOTTI-LAM Claudia, *L'applicabilité des traités internationaux relatifs aux droits de l'homme en droit interne*, Bruylant, Bruxelles, 2004, p. 407.

1052 LAURENT-BOUTOT Carine, *op. cit.*, p. 114.

1053 DEUMIER Pascale, « Comment et à quelles fins reconnaitre l'effet direct des traités ? », *RTD civ.*, 2012, p. 488.

1054 Cass. Crim., 17 mai 2000, n° 99-86606, Inédit ; 30 janvier 2001, n° 00-82341 ; 25 septembre 2001, n° 00-83775, Inédit ; consultés sur : *legifrance.gouv.fr*. La même position est adoptée par la Chambre sociale de la Cour de cassation française. V. Cass. Soc., 16 décembre 2008, *Droit social* 2009, p. 236, obs. MOULY.

formulation de la disposition internationale qui précise que les États « *prendront des mesures appropriées pour sauvegarder ce droit* ».

**416.** Reste à préciser que la jurisprudence administrative était la première à répondre explicitement à l'appel de la doctrine d'abandonner le critère rédactionnel dans la détermination de l'effectivité des traités. Concernant les droits conventionnels, le Conseil d'État a confirmé que l'absence d'effectivité « *ne saurait être déduite de la seule circonstance que la stipulation désigne les États parties comme sujets de l'obligation qu'elle définit* »[1055]. Un an plus tard, La Cour d'appel de Versailles fait écho à cette affirmation et résume le développement de la question des critères de l'effectivité des normes internationales en droit français : « *l'absence d'effet direct ne saurait être déduite de la seule circonstance que la stipulation désigne les États parties comme sujets de l'obligation qu'elle définit, toutefois, il est nécessaire que la norme permette de créer des droits et obligations pour les particuliers dans l'ordre interne et à cette fin contienne des éléments suffisamment précis quant aux individus qui peuvent en bénéficier* »[1056].

### *b. Le contexte de la conclusion du traité*

**417.** « *Dans cette hypothèse, le sens de la norme ne sera plus déduit d'éléments objectifs tels que les termes employés mais découlera de l'interprétation que le juge fera de ce qui se cache derrière la lettre de l'engagement pour en déterminer l'esprit* »[1057]. Les juridictions françaises et américaines ont détaillé les facteurs contextuels sur lesquels il faut s'appuyer pour déterminer l'intention des parties de conférer des droits aux individus. L'objet de la convention ou son but sont généralement avancés[1058], ainsi que les travaux préparatoires[1059] et les propositions des signataires.

**418.** Le droit de notification consulaire constitue un exemple pertinent. Pour déterminer l'effectivité de l'article 36 de la Convention de Genève sur les relations consulaires, la Cour fédérale d'appel du 7e circuit a examiné les travaux préparatoires de la Convention de Vienne sur les relations consulaires[1060]. Le Venezuela avait suggéré un amendement pour supprimer ce droit, mais sa proposition a été fortement opposée. De la même manière, les représentants du Royaume-Uni et de l'Australie ont rejeté une proposition américaine qui assujettit la

---

1055 CE ass., 11 avril 2012, *Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (GISTI) et Fédération des associations pour la promotion et l'insertion par le logement (FAPIL)*, n° 322326, *Recueil Lebon*, p. 142, concl. DUMORTIER ; *RFDA*, 2012, p. 560, note GAUTIER ; RDSS 2012, p. 940, note BIAGINI-GIRARD; *RCDIP* 2013, p. 133, note JAULT-SESEKE.

1056 CA Versailles, ch. 3, 22 mars 2013, n° 11/05331.

1057 TIGROUDJA Hélène, *op. cit.*, p. 159.

1058 *People of Saipan v. U.S. Dept. of Interior*, 502 F.2d 90 (9th Cir. 1974): « The extent to which an international agreement establishes affirmative and judicially enforceable obligations without implementing legislation must be determined in each case by reference to many contextual factors: the purposes of the treaty and the objectives of its creators ».

1059 CA Versailles, ch. 3, 22 mars 2013, n° 11/05331.

1060 *Jogi v. Voges*, 425 F.3d 367 (7th Cir. 2005).

notification à la requête de la personne arrêtée. Par conséquent, la Cour affirme que « *l'histoire législative du traité soutient l'interprétation selon laquelle l'article 36 avait l'intention de conférer des droits individuels aux étrangers* »[1061].

## 2. Recherche de la volonté unilatérale de l'État du juge pénal

**419.** Étant donné qu'une convention internationale est le produit de la convergence de plusieurs volontés souveraines, il est logique que le juge pénal s'efforce de rechercher dans cette volonté collective l'intention de conférer des droits aux individus, peu importe que cette intention réside au sein du texte ou au-delà. Néanmoins, l'analyse d'un courant doctrinal[1062] et judiciaire aux États-Unis a pu démontrer une spécificité de la pratique judiciaire qu'on n'a pas rencontrée dans les autres États objets de l'étude.

**420.** Dans *United States v. Postal*[1063], les accusés étaient poursuivis pour entente en vue d'importer des stupéfiants aux États-Unis, ainsi que pour l'entente de détention de stupéfiants avec l'intention de distribution, en violation des sections 963 et 846 du titre 21 du Code fédéral américain respectivement. Arrêtés à bord d'un navire au-delà de la mer territoriale, ils contestent la compétence pénale des juridictions américaines sur le fondement de l'article 6 de la Convention de 1958 sur la Haute mer[1064]. Pour la Cour fédérale, il faut s'interroger sur l'effectivité pénale de cette norme internationale.

Dans une première étape, les juges s'efforcent de divulguer l'intention commune des parties par une lecture contextuelle de la convention, de ses objectifs et de ses travaux préparatoires. Cependant, au moment de décider l'effectivité que peut avoir cette garantie procédurale internationale en droit américain, c'est la pratique législative et la position unilatérale des États-Unis qui deviennent les critères déterminants. Ainsi, les juges citent plusieurs lois fédérales ayant étendu la compétence pénale au-delà des douze milles internationalement reconnus[1065]. En outre, les débats sénatoriaux et les déclarations du *State Department* (Ministère des Affaires étrangères) nient la possibilité de conflit entre la convention et les lois fédérales préexistantes. Et les juges de conclure :

---

1061 *Ibid.*

1062 Curtis Bradley incarne le mieux cette position spécifique de l'unilatéralisme américain; V. BRADLEY Curtis, « Intent, presumptions and non-self-executing treaties », 102 *AJIL* 540 (2008).

1063 *United States v. Postal*, 589 F.2d 862 (5th Cir. 1979).

1064 « Les navires naviguent sous le pavillon d'un seul État et se trouvent, soumis, sauf dans les cas exceptionnels expressément prévus par les traités internationaux ou par les présents articles, à sa juridiction exclusive en haute mer. Aucun changement de pavillon ne peut intervenir au cours d'un voyage ou d'une escale, sauf en cas de transfert réel de la propriété ou de changement de l'immatriculation ».

1065 Il s'agit du *Anti-smuggling Act* de 1935 instituant une zone maritime de 62 milles pour son application ; et du *Fishery Conversation Act* de 1976 qui établit une zone de conservation halieutique de 200 milles marins dont l'exploitation commerciale est soumise à l'obtention préalable de permis, sous peine de sanctions pénales.

> « Nous ne croyons pas que les États-Unis avaient l'intention de limiter leur compétence traditionnellement affirmée sur les navires étrangers en Haute mer en adoptant l'article 6 de la Convention […]. La détermination de cette intention doit être la pierre angulaire de notre interprétation »[1066].

**421.** Une explication possible de cette approche judiciaire réside peut-être dans l'attention accordée par le juge pénal américain au principe de la séparation des pouvoirs. Aller au-delà de la volonté du Président et du Sénat constituerait un empiétement sur leur pouvoir législatif dans ce cas déterminé[1067]. Cela dit, cette explication manque tout l'objectif de l'utilisation d'un instrument international qui est précisément la convergence de plusieurs volontés en matière de répression et de coopération.

## § 2. LES APPLICATIONS CONCRÈTES DE L'EXIGENCE DU DROIT INDIVIDUEL

**422.** Une fois posée la rationalité de l'exigence du critère de la consécration de droits individuels par la convention internationale, il nous semble opportun d'étudier des applications concrètes de ce critère dans la jurisprudence pénale comparée. En raison de leur importance en matière pénale, trois types de conventions internationales ont été retenus. À tour de rôle, on évoquera des traités d'entraide pénale (A), des traités de droit international humanitaire (B) et des traités de droits de l'homme (C).

### A. DANS L'ENTRAIDE PÉNALE : LES CONVENTIONS D'EXTRADITION

**423.** L'extradition est un procédé de coopération internationale exécuté dans l'intérêt de la justice. On s'intéresse particulièrement à ce genre de conventions parce qu'il constitue une exception sur la règle qu'on avait émise que les normes internationales procédurales nécessitent exclusivement la condition de précision pour trouver leur effectivité pénale. Traditionnellement, les juges français et américains effectuent une recherche de la création d'un droit individuel par le traité d'extradition.

#### 1. La catégoricité du juge pénal français

**424.** Face aux conventions d'extradition, le juge pénal français adopte une position manichéenne. À première vue, toute justiciabilité a été niée à ces traités d'entraide pénale (1). Par la suite, l'attitude des juridictions françaises a évolué vers une acceptation mécanique (2).

---

1066 *United States v. Postal*, *op. cit.*

1067 MCDONNEL Thomas, « Defensively invoking treaties in American courts: jurisdictional challenges under the U.N. drug trafficking convention by foreign defendants kidnapped abroad by U.S. agents », *op. cit.*, p. 1424.

*a. Le refus catégorique de la justiciabilité, une première impression*

**425.** Par principe, la jurisprudence pénale française a traditionnellement refusé l'effectivité pénale aux conventions d'extradition. S'appuyant sur la nature des traités d'extradition comme « *des actes diplomatiques de gouvernement à gouvernement* »[1068] ou « *des actes de haute administration intervenus entre deux puissances* », la chambre criminelle considérait qu'un accusé « *n'a aucun titre pour réclamer contre l'extradition* »[1069]. Dans le même sens, la Chambre d'accusation de Douai précise, au regard de la Convention franco-italienne d'extradition du 12 mai 1870, qu'elle :

> « N'a pu créer d'obligation qu'entre les puissances contractantes, de sorte que la personne dont l'extradition est demandée ne saurait s'en prévaloir devant la justice française pour réclamer sa libération : son seul recours est de s'adresser au gouvernement de son pays »[1070].

**426.** Par application de ce principe, un individu extradé pour une infraction non prévue dans un traité d'extradition ne peut invoquer ce dernier pour contester sa remise[1071]. La même limitation de l'effectivité de ce genre de conventions s'applique au cas de l'individu qui comparaît devant les juridictions françaises par suite d'une arrestation illégale[1072]. De même, dans le contentieux de l'arrestation provisoire[1073], la personne qui est maintenue en détention en violation d'une disposition conventionnelle prévoyant sa remise en liberté à l'expiration d'un certain délai, invoque « *vainement* » cette disposition, du moment que la disposition « *n'a créé d'obligations qu'entre les puissances entre lesquelles elle est intervenue* »[1074] ou qu'elle « *ne crée au profit du fugitif aucun droit dont il puisse se réclamer* »[1075]. Exceptionnellement, la protection conventionnelle du principe de spécialité semble trouver toute son effectivité pénale[1076], principalement à cause de la consécration législative de ce principe par la loi du 10 mars 1927 en premier lieu, puis l'article 696-6 du Code de procédure pénale. Grâce à cette même

---

1068 Cass. Crim., 4 juillet 1867, *S.* 1867, p. 409 ; Cass. Crim., 27 juillet 1877, *D.* 1878, p. 137.

1069 Cass. Crim., 18 juin 1851, *B.* n° 292, p. 453 ; 26 juillet 1867, *B.* n° 170, p. 282.

1070 CA Douai, ch. accus., 27 octobre 1983, *JCP* 1985, II, 20337, note Chambon.

1071 Cass. Crim., 13 avril 1876, *B.* n° 106, p. 199. L'infraction d'abus de confiance, pour laquelle l'extradition a été accordée, n'était pas prévue par le traité du 21 juin 1845 conclu entre la France et la Prusse.

1072 Cass. Crim., 4 juin 1964, *Argoud*, *B.* n° 192 ; *JCP*, 1964, II, 13806, rapport COMTE.

1073 Professeur Aubert définit l'arrestation provisoire comme « la période pendant laquelle la personne réclamée a été arrêtée sans que la demande d'extradition elle-même, formalisée et justifiée, ait été reçue par l'État requis » ; AUBERT Bernadette, *op. cit.*, p. 101.

1074 Cass. Crim., 20 décembre 1951, *B.* n° 348 (Convention franco-britannique de 1876) et Cass. Crim., 26 novembre 1985, *B.* n° 376 (Convention d'extradition franco-espagnole de 1877). Il est assez curieux de constater que le Conseil d'État emploie le même argument pour refuser l'effectivité des traités d'extradition. V. à titre d'exemple, CE ass., 8 mars 1985, *Garcia Henriquez, Recueil Lebon*, p. 71 : « les stipulations […] de la Convention franco-grenadine d'extradition […] créent seulement des obligations entre États sans ouvrir de droits aux intéressés ».

1075 Cass. Crim., 19 novembre 1985, *B.* n° 376 (Convention d'extradition franco-britannique de 1876).

1076 Cass. Crim., 14 mars 1967, *B.* n° 103 (art. 5 de la Convention franco-allemande de 1951) ; 22 décembre 1969, *B.* n° 355 et 14 janvier 1986, *B.* n° 23, p. 54 (art. 10 de la Convention franco-belge de 1874). Pour des applications plus récentes, V. Cass. Crim., 7 décembre 2011, *B.* n° 251 (art. 42 de la Convention d'aide mutuelle judiciaire, d'exequatur des jugements et d'extradition du 5 octobre 1957 applicable entre la France et le Maroc).

consécration, les conditions conventionnelles de l'extradition trouvaient également effectivité, comme dans le cas de refus d'extradition pour l'exécution d'une mesure de sûreté, et non pas une peine comme le prévoit le traité[1077].

**427.** La doctrine a été très critique du principe catégorique de refus par la chambre criminelle en la matière. La critique était formulée ainsi : « *n'est-il pas surprenant de dénier au principal intéressé le droit d'invoquer devant les tribunaux français un traité dont les dispositions s'appliquent à son cas ?* »[1078].

### *b. L'admission catégorique de la justiciabilité, les développements ultérieurs*

**428.** Après quelques tâtonnements[1079], la chambre criminelle française a entamé un revirement jurisprudentiel dans un arrêt du 24 mars 1987 en déclarant qu'une « *chambre d'accusation a, à bon droit, déclaré applicables en l'espèce et opposables par la personne réclamée* »[1080] les dispositions de la Convention européenne d'extradition de 1957, ayant « *une portée et une autorité différentes de celles des traités d'extradition antérieurs* »[1081].

Des interrogations ont été avancées par rapport à la portée de ce revirement, le limitant à la convention européenne d'extradition et au cas spécifique de l'arrestation provisoire[1082], la période précédant la réception de la demande d'extradition formelle et justifiée. Selon la doctrine, c'est durant cette période que l'individu devient sujet actif du droit international[1083]. Ainsi, le retard de la notification des pièces d'extradition peut entraîner la mise en liberté de l'individu[1084]. L'incomplétude de la requête au regard des exigences conventionnelles peut entacher la régularité de la procédure[1085].

**429.** La limitation de la justiciabilité des traités d'extradition à l'hypothèse de l'arrestation provisoire n'emporte pas notre conviction. L'individu doit pouvoir invoquer la violation du traité d'extradition du moment que ce dernier consacre un droit individuel. Ainsi, la justiciabilité de ces instruments de coopération internationale peut être rapprochée de celle des instruments de

---

1077 Cass. Crim., 22 juillet 1954, *B.* n° 268 (Convention franco-suisse de 1869).

1078 HUET André et KOERING-JOULIN Renée, *op. cit.*, p. 11.

1079 Cass. Crim., 4 novembre 1986, *B.* n° 319, p. 809 et Cass. Crim., 10 mars 1987, *B.* n° 117, p. 329.

1080 Cass. Crim., 24 mars 1987, *B.* n° 137, p. 380 ; *D.* 1987, 485, note WAQUET et JULIEN-LAFERRIÈRE.

1081 Cass. Crim., 28 avril 1987, *B.* n° 171, p. 457. La chambre d'accusation avait jugé que ladite convention européenne est « une convention entre États *et n'a pas créé un droit* dont puisse se prévaloir l'étranger ».

1082 REBUT Didier, *Droit pénal international*, 2e éd., Dalloz, 2014, p. 151.

1083 AUBERT Bernadette, *op. cit.*, p. 110.

1084 Cass. Crim., 28 juin 1994, *B.* n° 255, p. 630 et Cass. Crim., 4 octobre 2000, n° 00-84775, Inédit, consulté sur : *legifrance.gouv.fr*.

1085 Cass. Crim., 16 octobre 2012, n° 12-85290, Inédit, consulté sur : *legifrance.gouv.fr* (art. 10 de la Convention franco-brésilienne de 1996) et Cass. Crim., 15 novembre 2006, n° 06-86731, Inédit, consulté sur : *legifrance.gouv.fr* (art. 34 de la Convention d'aide mutuelle judiciaire, d'exequatur des jugements et d'extradition du 5 octobre 1957 applicable entre la France et le Maroc).

protection des droits de l'homme[1086]. C'est dans ce sens que l'Institut de droit international a orienté ses résolutions : « *les traités d'extradition […] devraient prévoir qu'une personne dont l'extradition est demandée peut invoquer devant les tribunaux nationaux toute disposition conventionnelle assurant sa protection* »[1087]. C'est ce qui apparaît également d'un arrêt de la Chambre criminelle qui a refusé l'extradition d'un britannique placé sous écrou extraditionnel parce que l'infraction pour laquelle sa remise est demandée possède un caractère politique[1088], ce qui constitue une exception classique dans les traités d'extradition avec les infractions connexes à des crimes ou délits politiques[1089] et quand l'État requérant applique la peine de mort[1090]. Ainsi, l'effectivité pénale du traité d'extradition peut se matérialiser après la période de l'arrestation provisoire définie par la doctrine.

**430.** Même à se limiter au contexte de l'arrestation provisoire, il est évident que juge pénal français ne cherche plus la justiciabilité de ce type de conventions, acceptant mécaniquement l'effectivité d'instruments variés[1091] tels la Convention européenne d'extradition, la Convention franco-brésilienne de 1996 et la Convention franco-marocaine de 1957.

## 2. Les nuances du juge pénal américain

**431.** L'analyse des droits individuels provenant des conventions d'extradition doit être analysée en termes de situations juridiques antérieure et postérieure au 15 juin 1992, date à laquelle la Cour suprême a décidé l'affaire *United States v. Alvarez-Machain*.

### *a. La situation antérieure à Alvarez-Machain : le libéralisme des juridictions pénales inférieures*

**432.** Les États-Unis ont signé leur première convention d'extradition avec la Grande Bretagne en 1794. Depuis, le corpus de ces traités d'entraide s'est développé exponentiellement, attesté par l'augmentation des requêtes adressées par et pour les États-Unis[1092]. À partir de l'année 1886,

---

1086 VAN PANHUYS H. F., *op. cit.*, p. 73.

1087 *Revue de droit pénal et de criminologie*, 1984, p. 562.

1088 Cass. Crim., 3 novembre 1999, n° 99-80329, Inédit, consulté sur : *legifrance.gouv.fr* (art. 3-1 de la Convention européenne d'extradition de 1957).

1089 Pour une ancienne application de cette notion, V. CA Paris, chambre d'accusation, 22 avril 1953, *Gazette du Palais*, 1953, 2, p. 113-114. La Cour a émis un avis défavorable à l'extradition par application de l'article 3 de la Convention franco-espagnole du 14 décembre 1977. Pour les relations franco-égyptiennes, le même motif de refus de l'extradition est consacré à l'article 25 de la Convention de coopération judiciaire en matière pénale du 15 mars 1982.

1090 V. à titre d'exemple, l'article 29 de la Convention franco-égyptienne cité *supra* : « l'extradition peut être refusée si l'infraction considérée n'est punie de la peine capitale que par la législation d'un seul des deux États ».

1091 V. *supra* note 1085.

1092 Selon un auteur américain, à partir de la fin des années 1980, les États-Unis recevaient plus de 200 demandes d'extradition par an et ils en envoyaient plus de 300 ; NADELMANN Ethan, « The evolution of United States involvement in the international rendition of fugitive criminals », 25 *N.Y.U. J. Int'l L. & Pol.* 813, 818 (1993).

la Cour suprême emploie ces textes internationaux dans ses arrêts et cela dans deux contextes distincts : le principe de la spécialité et la double incrimination (i), d'un côté, et la légalité des enlèvements transfrontaliers (ii), de l'autre.

**i. Des droits primaires : le principe de la spécialité et la condition de double incrimination**

**433.** La Cour suprême a reconnu le droit individuel issu du principe de la spécialité, pour la première fois, dans l'arrêt *United States v. Rauscher*[1093]. Le gouvernement fédéral avait requis à la Grande Bretagne d'extrader William Rauscher, un officier sur un navire américain, accusé de meurtre en Haute mer. Une fois l'extradition accordée sur le fondement de la convention d'extradition entre les deux États, Rauscher a été également accusé de l'infliction d'une peine cruelle et inhabituelle, infraction ne figurant pas dans la requête d'extradition ni dans la liste d'infractions explicitement énumérées par le traité. Après avoir rappelé qu'« *un traité est essentiellement un contrat entre des Nations indépendantes* »[1094], les juges précisent que le texte international « *peut aussi comprendre des provisions qui confèrent certains droits aux citoyens ou aux sujets* »[1095] dont la protection devient l'obligation des tribunaux[1096].

Ainsi, il existe une « *limitation* » sur le pouvoir d'accusation de l'État requérant incarné par le principe de la spécialité dont profite l'individu. C'est cette compréhension de *Rauscher* qui a été ultérieurement adoptée par les Cours fédérales inférieures dans leur application des conventions d'extradition[1097], à quelques exceptions près[1098].

**434.** Quant à l'invocation de la double incrimination comme condition de la légalité de l'extradition, la Cour suprême a posé les prémisses de la consécration de ce droit pour les individus dans

---

1093 *United States v. Rauscher*, 119 U.S. 407 (1886).

1094 *Ibid.*

1095 *Ibid.* Malgré cette affirmation claire par la Cour suprême, il existe certaines opinions doctrinales qui jugent que l'invocation du principe de la spécialité par un individu dépend d'une protestation préalable par l'État requis ; V. PAPANDREA Mary-Rose, « Standing to allege violations of the doctrine of speciality : an examination of the relationship between the individual and the sovereign », 62 *U. Chi. L. Rev.* 1187 (1995).

1096 *Ibid.*

1097 À titre d'exemple, *United States v. Thirion*, 813 F.2d 146 (8th Cir. 1987) [Convention d'extradition avec Monaco] et *United States v. Levy*, 905 F.2d 326 (10th Cir. 1990). Pour une liste plus détaillée, V. SWEET David, « Application of doctrine of specialty to federal criminal prosecution of accused extradited from foreign country », 112 *A.L.R. Fed.* 473 (1993) et PAPANDREA Mary-Rose, *op. cit.*, p. 1201 et s.

1098 Certaines Cours d'appel fédérales ont exigé une protestation formelle de la part de l'État requis, faisant ainsi dériver le droit individuel de celui du souverain. V. à titre d'exemple, *United States v. DiTommaso*, 817 F.2d 201 (2nd Cir. 1987); *Shapiro v. Ferrandina*, 478 F.2d 894 (2nd Cir. 1973); *United States v. Kaufman*, 874 F2d 242 (5th Cir. 1989). D'autres ont soutenu que les individus peuvent faire valoir leurs droits tant que l'État requis ne renonce pas expressément à son droit d'opposition. Cela dit, le droit individuel reste le principe et son absence l'exception. Pour un échantillon, V. *United States v. Puentes*, 50 F.3d 1567 (11th Cir. 1995) ; *United States v. Riviere*, 924 F.2d 1289 (3rd Cir. 1991); *Leighnor v. Turner*, 884 F.2d 385 (8th Cir. 1989); *United States v. Diwan*, 864 F.2d 715 (11th Cir. 1989); *United States v. Cuevas*, 847 F.2d 1417 (9th Cir. 1988).

deux arrêts importants[1099]. Dans le premier, l'accusé conteste son extradition sur le fondement de cette condition conventionnelle. Sans reconnaître explicitement le droit, les juges autorisent le moyen soulevé et ils exigent l'identité des incriminations dans le droit pénal respectif des deux États[1100]. Dans le second, le même moyen invoqué incite la Cour à diluer son exigence en précisant que l'identité n'était pas nécessaire et qu'il « *suffit que le comportement poursuivi soit incriminé dans les deux juridictions* »[1101]. Depuis, les cours fédérales inférieures admettent le moyen fondé sur le principe de double incrimination[1102], allant même plus loin que la Cour suprême en explicitant l'existence de ce droit pour la personne extradée[1103].

**ii. Un droit dérivé : Male Captus bene detentus vu par le prisme des conventions d'extradition**

**435.** La même année où la Cour suprême consacre, dans l'arrêt *Rauscher*, le droit individuel fondé sur le principe de spécialité dans les conventions d'extradition, elle est confrontée à la question de la légalité des enlèvements transfrontaliers[1104]. Dans les faits, un citoyen américain, résidant au Pérou, était poursuivi pour vol dans l'Illinois. Le ministère des affaires étrangères envoie un officier vers l'Amérique Latine pour demander l'extradition de Frederick Ker aux autorités péruviennes. Au lieu de leur présenter la requête officielle, l'officier décide d'enlever Ker par la force et de le remettre aux autorités étatiques compétentes.

L'accusé conteste alors la compétence de la Cour locale sur le fondement de la violation de la convention d'extradition entre les deux États concernés. Pour la Cour suprême, il était important de distinguer entre : *Rauscher*, d'un côté, cas dans lequel l'accusé est « *vêtu de la protection* »[1105] du traité d'extradition et la nudité conventionnelle dans laquelle il se trouve dans *Ker*, de l'autre. Dans le deuxième cas, « *il est très clair […] qu'en contestant la compétence de la Cour [de l'Illinois] sur le fondement que le prisonnier s'est vu nier un droit consacré par une convention des États-Unis, il n'a pas réussi à établir l'existence d'un droit quelconque* »[1106]. Ainsi, la convention n'est pas « *pénalement effective* » car toute la procédure se situe en dehors de son cadre légal.

---

1099 HAFEN Jonathan, « International extradition: issues arising under the dual criminality doctrine », 1992 *B.Y.U. L. Rev.* 191, 200(1992).

1100 *Wright v. Henkel*, 190 U.S. 40 (1903): « le traité applicable énonce ce principe en exigeant qu'elle [l'infraction reprochée] soit rendue criminelle par les lois des deux États ».

1101 *Collins v. Loisel*, 259 U.S. 309 (1922).

1102 V. à titre d'exemple *Manta v. Chertoff*, 518 F.3d 1134 (9th Cir. 2008); *Clarey v. Gregg*, 138 F.3d 764 (9th Cir. 1998).

1103 *United States v. Merit*, 962 F.2d 917 (9th Cir. 1992); *Gallo-Chamorro v. United States*, 233 F.3d 1298 (11th Cir. 2000).

1104 *Ker v. Illinois*, 119 U.S. 436 (1886). Pour une analyse de l'arrêt, V. MCKINNON Michael, « *United States v. Alvarez-Machain* : kidnapping in the war on drugs — a matter of executive discretion or lawlessness », 20 *Pepp. L.Rev.* 1503 (1993).

1105 *Ibid.*

1106 *Ibid.* La défense de l'accusé avançait l'existence, dans la convention d'extradition, d'un droit implicite d'asile au Pérou et par conséquent, d'un droit implicite que la procédure dessinée par la convention était la seule par laquelle les États-Unis pouvaient obtenir son arrestation.

**436.** Cette nationalisation de la règle *male captus bene detentus*[1107] a été perfectionnée dans l'arrêt *Frisbie v. Collins*[1108], élargissant son champ aux enlèvements locaux entre les frontières des États américains. Ces deux précédents ont donné lieu à la doctrine *Ker-Frisbie*, un test de pondération entre impunité et procès équitable que le juge pénal américain doit effectuer à chaque fois que la compétence de la Cour est remise en question pour des faits semblables.

**437.** Le rempart de la doctrine *Ker-Frisbie* n'a pas empêché les cours fédérales inférieures à y ouvrir des brèches dans le but de protéger les droits individuels. Comme marteau, elles investissent le fait nouveau de l'objection de l'État sur le territoire duquel l'enlèvement illégal a été commis[1109], détail absent dans les précédents. Dans *Matta-ballesteros v. Henman*[1110], un citoyen hondurien a été enlevé par un groupe armé autochtone assisté par des gendarmes américains. Ces derniers l'ont emmené dans une base militaire américaine avant d'être reconduit par avion aux États-Unis. Poursuivi pour évasion de prison ainsi que pour plusieurs infractions liées aux stupéfiants, il demande sa libération dans une procédure d'« *habeas corpus* » sur le fondement de la violation de deux traités d'extradition entre le Honduras et les États-Unis. Pour la Cour fédérale, « *il est bien établi que les individus n'ont pas le droit de contester les violations des conventions internationales sans objection de la part des souverains lésés* »[1111]. Même si l'arrêt affirme la condamnation, il a tempéré la rigidité de la doctrine *Ker-Frisbie* : les droits conventionnels appartiennent principalement aux États et les droits des individus dérivent de ces derniers[1112].

**438.** Ainsi, l'exclusivité de l'extradition est distincte de sa légalité[1113]. L'individu victime d'enlèvement n'est pas le destinataire primaire de la norme internationale comme dans le cas de la violation du principe de la spécialité ou de la condition de double criminalité. Cependant,

---

1107 Expression traduite par Michel Massé en « mal acquis profite tout de même » ; MASSÉ Michel, « L'affaire Barbie », *in* COCHARD Jean (dir.), *Armée, guerre et droit pénal*, Travaux de l'Institut de sciences criminelles de Poitiers, Cujas, 1986, p. 20.

1108 *Frisbie v. Collins*, 342 U.S. 519 (1952).

1109 *United States v. Toscanino*, 500 F.2d 267 (2nd Cir. 1974) et *United States ex rel. Lujan v. Gengler*, 510 F.2d 62, 67 (2nd Cir. 1975) semblent être les premiers arrêts à avoir constater cette différence de faits avec ceux de *Ker-Frisbie*. V. MCKINNON Michael, *op. cit.*, p. 1513.

1110 *Matta-ballesteros v. Henman*, 896 F.2d 255 (7th Cir. 1990).

1111 *Ibid.* Cet arrêt reprend à la lettre le syllogisme d'un précédent dans une affaire « qu'on peut rencontrer dans un scénario de film : un complot clandestin organisé pour importer des quantités massives d'héroïne aux États-Unis et des agents américains qui enlèvent les principaux auteurs d'Amérique du Sud pour les traduire en justice » : *United States ex rel. Lujan v. Gengler*, 510 F.2d 62, 67 (2nd Cir. 1975). En l'espèce, était en question l'enlèvement d'un citoyen argentin, en violation de la souveraineté étatique selon l'article 2 de la charte des Nations Unies et l'article 17 de celle de l'Organisation des États américains.

1112 *Ibid.*

1113 Sur l'analyse de cette idée en France, V. MASSÉ Michel, « L'affaire Barbie », *op. cit.*, p. 20. Cependant, le Professeur Van Panhuys appelait à considérer l'arrestation illégale comme un *vitium originis* qui affecte la compétence du juge pénal, du moment qu'on puisse aménager les traités d'extradition « de telle façon qu'ils donnent aux personnes un droit de garantie contre l'extradition autre qu'aux conditions ancrées dans le traité » ; V. VAN PANHUYS H. F., « Le traité d'extradition en tant que source de droits pour les individus », *in* WIERSMA D. (dir), *Le droit pénal international : recueil d'études en hommage à Jacob Maarten Van Bemmelen*, E. J. Brill, Leiden, 1965, p. 67.

l'existence même d'une convention d'extradition confère à la procédure prévue dans le texte international le caractère d'exclusivité dans la remise des personnes poursuivies. Cette exclusivité est conçue non seulement pour « *protéger la souveraineté et l'intégrité territoriale des États* »[1114], mais également « *pour restreindre le comportement étatique inadmissible* »[1115].

**439.** Par conséquent, l'opposition étatique transforme le *male captus* en *male detentus*. Cette idée que les droits conventionnels des individus dérivent de ceux des souverains a été affirmée dans d'autres affaires dont celle d'un enlèvement transfrontalier d'un citoyen mexicain accusé de meurtre aux États-Unis, en présence d'une convention d'extradition avec le Mexique. La Cour fédérale d'appel a reçu le moyen fondé sur la norme internationale du moment qu'il existe « *une protestation formelle du gouvernement offensé après l'enlèvement* »[1116]. En conclusion, la cour inférieure ne serait pas compétente pour condamner l'accusé qui doit être refoulé au Mexique.

### *b. United States v. Alvarez Machain : la correction du «* dévoiement *» des juridictions inférieures par la Cour suprême*

**440.** Le début des années 1990 a connu une affluence des affaires d'enlèvements transfrontaliers exécutés par les autorités américaines ou avec leur assistance. L'une d'entre elles marqua profondément le développement de l'application des conventions d'extradition par le juge pénal. Humberto Alvarez-Machain était poursuivi aux États-Unis pour plusieurs infractions en lien avec la torture et le meurtre d'un officier américain au Mexique. Ayant échoué à obtenir son extradition par voie diplomatique, le *Drug Enforcement Administration* organise son enlèvement de sa maison à Guadalajara.

Devant la Cour de district de Californie, Machain conteste la compétence pénale au regard du fait que son enlèvement a violé la convention d'extradition entre les deux États concernés[1117]. Citant Bassiouni[1118], les juges précisent que les conventions d'extraditions, « *par leur nature* », sont d'effet direct et sont ainsi applicables sans qu'une loi d'incorporation soit exigée[1119]. Les juges répondent ainsi à la condition de la précision de la convention internationale. Cependant, toujours selon la Cour du district, conférer des droits individuels est une question différente. Si l'invocation par l'individu du principe de la spécialité est acquise, la contestation d'un enlèvement inconventionnel dérive du droit du souverain. Ainsi, la Cour fait état de plusieurs notes diplomatiques envoyées par l'Ambassade mexicaine qui justifient d'accorder un droit individuel à Machain dont l'enlèvement viole la convention

---

1114 *United States v. Caro-Quintero*, 745 F. Supp. 599 (C.D. Cal. 1990).

1115 *Ibid.*

1116 *United States v. Verdugo-Urquidez*, 939 F.2d 1341 (1991).

1117 *United States v. Caro-Quintero*, 745 F. Supp. 599 (C.D. Cal. 1990).

1118 BASSIOUNI M. Cherif, *International extradition : United States Law and Practice*, 3ème éd., Oceana Publications Inc., New York, 1996, p. 72. La cour cite l'édition de 1987 de ce même ouvrage.

1119 *Ibid.*

d'extradition. Un an plus tard, la cour fédérale d'appel confirme la solution précédente[1120], s'inscrivant ainsi dans la même lignée de ce fameux droit individuel dérivé.

**441.** Cette continuité jurisprudentielle sera néanmoins interrompue au moment où la Cour suprême sera saisie de l'affaire *United States v. Alvarez-Machain*[1121] en 1992. Dans un premier temps, La rupture est surtout méthodologique. La Cour examine la convention d'extradition pour chercher une disposition expresse qui interdise les enlèvements. Faute de quoi, elle se tourne vers la prétendue exclusivité implicite de la convention comme moyen de remise des personnes poursuivies. Pour la majorité de la Cour, on ne peut inférer de la convention d'extradition une certaine prohibition des méthodes « *alternatives* » de remise des personnes[1122]. Les faits sont ainsi régis par la doctrine Ker-Frisbie et les conditions de remise de la personne poursuivie n'ont pas d'importance.

Dans un second temps, la Cour suprême utilise un motif libéral dans son apparence, moins dans ses conséquences, pour colmater la brèche ouverte par les juridictions fédérales inférieures. Concernant la protestation du souverain lésé par l'enlèvement sur son territoire, elle n'a aucune valeur du moment où la convention d'extradition « *a la force de loi, […] elle est auto-exécutoire, il semble qu'un tribunal doit l'appliquer au nom de l'individu, nonobstant le caractère offensant de la pratique d'une Nation sur l'autre* »[1123]. Elle fait l'analogie avec le principe de spécialité qui permet à l'individu d'invoquer la convention d'extradition indépendamment de la pratique du souverain.

**442.** Dans tout autre contexte, cette affirmation serait clairement saluée au regard de sa consécration de l'effectivité pénale des conventions d'extradition pour les individus. Cependant, en coupant la corde ombilicale entre l'État et l'individu, la Cour suprême a tué le seul fondement possible de contestation de la compétence pénale en cas de remise illégale.

### B. Dans le droit international humanitaire : les conventions de Genève sur le droit de la guerre

**443.** À notre connaissance, une seule décision française, non-répressive, analyse la justiciabilité des quatre conventions de Genève sur le droit de la guerre[1124]. Ainsi, notre analyse sera focalisée sur la jurisprudence américaine ayant donné lieu à plusieurs arrêts pénaux. Même si l'exigence

---

1120 *United States v. Alvarez-Machain*, 946 F.2d 1466 (9th Cir. 1991).

1121 *United States v. Alvarez-Machain*, 504 U.S. 655 (1992).

1122 MCKINNON Michael, *op. cit.*, p. 1540.

1123 *United States v. Alvarez-Machain*, *op. cit.*

1124 CA Versailles, ch. 3, 22 mars 2013, n° 11/05331, consulté sur *dalloz.fr* : « l'analyse des articles contenus dans cette convention relative à la protection de personnes civiles, ne permet pas de retenir l'existence d'un droit accordé aux particuliers. Les articles 49 et 53 s'adressent à la puissance occupante et ne prévoient des obligations qu'à la charge des États ».

de la justiciabilité comme condition est unanime, les juges américains n'atteignent pas les mêmes résultats.

**444.** La création d'un droit individuel comme condition de l'effectivité a été attestée dans l'affaire du Général Manuel Noriega[1125] qui s'est déroulée après l'invasion du Panama par les États-Unis. Poursuivi pour des infractions liées au trafic de stupéfiants, Noriega conteste la légalité de son incarcération dans une prison fédérale sur le fondement de l'article 22 de la Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre[1126]. En vertu de cette disposition, les prisonniers de guerre ne seront pas internés dans des pénitenciers. La question était de savoir si un prisonnier de guerre, poursuivi pour des infractions de droit commun, pourrait bénéficier du même droit. Même si elle répond par la négative[1127], la Cour considère que les traités internationaux qui protègent des droits individuels sont *self-executing* ; Noriega a ainsi intérêt d'invoquer la Convention de Genève pour contester sa détention[1128].

**445.** Après le Panama, l'invasion de l'Afghanistan a donné lieu à une nouvelle interrogation sur l'effectivité de la Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre dans le cadre du contentieux relatif au statut des prisonniers de Guantanamo. Un certain Hamdi conteste sa détention dans la base militaire cubaine. La cour compétente refuse la justiciabilité, non seulement à l'article 5 de ladite convention, mais également à l'ensemble de la convention, faute d'intention de créer un droit individuel par les Parties[1129]. Cependant, le chauffeur et le garde-corps d'Oussama Ben Laden a pu profiter de la justiciabilité de l'article 3 commun aux quatre conventions de Genève. La Cour suprême s'est fondée sur cette disposition internationale pour invalider les commissions militaires créées par le président Bush pour juger les membres d'Al-Qaïda, notamment parce que ces instances ne garantissent pas à l'accusé les garanties procédurales « *reconnues comme indispensables par les peuples civilisés* »[1130].

---

1125 *United States v. Noriega*, 808 F. Supp. 791 (S.D. Fla. 1992). Pour une analyse contemporaine de l'affaire, V. MCKENZIE Michael, « Treaty enforcement in U.S. Courts », 34 *Harv. Int'l L.J.* 596 (1993).

1126 La Cour du district de Virginie a accordé une effectivité pénale aux deux articles 87 et 99 de la même convention. V. *United States v. Lindh*, 212 F.Supp.2d 541 (E.D.Va. 2002).

1127 Par une justification textuelle, la Cour considère que l'article 22 s'intéresse à l'internement, notion différente de la détention ou de l'emprisonnement.

1128 En matière civile, la Cour fédérale du District de Columbia a considéré que cette convention ne crée pas un droit individuel d'action ; *Tel-Oren v. Libyan Arab Republic*, 517 F. Supp. 542 (D.D.C. 1981).

1129 *Hamdi v. Rumsfeld*, 316 F.3d 450 (2003). La même solution a été atteinte dans *Al-Bihani v. Obama*, 619 F.3d 1 (D.C. Cir. 2010). Dans des affaires civiles, les tribunaux américains ont également refusé l'effectivité de la IV$^{ème}$ Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, trouvant que le texte international ne crée pas des droits pour les individus, mais précise des obligations à la charge des États ; *Huynh Thi Anh v. Levi*, 586 F.2d 625 (1978) ; *In re Iraq Afghanistan detainees litigation*, 479 F. Supp. 2d 85 (D.D.C. 2007).

1130 *Hamdan v. Rumsfeld*, 548 U.S. 557 (2006).

### C. Dans le droit international relatif aux droits de l'homme : les pactes jumeaux

**446.** Les conventions internationales relatives aux droits de l'homme constituent l'exemple-type pour la question de justiciabilité. Consacrant une myriade de droits, l'analyse du juge pénal est tournée vers la recherche de la désignation de l'individu comme destinataire de la norme internationale.

**447.** Cependant, il est intéressant de noter que la chambre criminelle de la *Cour de cassation française* a admis, dans plusieurs de ses arrêts, l'effectivité pénale de certains droits du Pacte international des droits civils et politiques, et cela sans étudier la condition de justiciabilité. Ainsi, ont été acceptés les moyens fondés sur les dispositions conventionnelles qui protègent le principe de légalité des délits et des peines (article 15-1)[1131], le droit de ne pas s'incriminer (article 14-3)[1132], la traduction de la personne détenue devant un juge dans un délai raisonnable (article 9)[1133] et le droit à un double degré de juridiction (14-5)[1134]. Il faut cependant préciser que le juge pénal fait également référence à des dispositions équivalentes dans la Convention européenne des droits de l'homme, ce qui peut expliquer la facilité avec laquelle leur effectivité pénale est admise.

Par ailleurs, la chambre criminelle accepte l'invocabilité du Pacte jumeau relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, acceptant implicitement qu'il consacre des droits individuels. Ainsi, la peine complémentaire d'interdiction professionnelle n'est pas contraire au droit au travail consacré par l'article 6 dudit Pacte[1135]. De même, l'article L. 221-5 du Code de travail, imposant le repos dominical des salariés sous peine d'amende, « *n'est nullement contraire* » à ce droit conventionnel[1136].

**448.** Il apparaît ainsi que les deux Pactes jumeaux ne font plus l'objet de recherche approfondie de justiciabilité par le juge pénal français. Le même ne peut pas être répété pour les *juridictions répressives américaines*. Le juge pénal dans plusieurs États fédérés a refusé au Pacte l'effectivité pénale, surtout pour la contestation de la peine de mort[1137], considérant qu'il n'était doté que

---

1131 Cass. Crim., 27 février 2018, n° 17-80387, à paraître au *Bulletin*, consulté sur : *legifrance.gouv.fr* ; Cass. Crim., 2 décembre 2015, *B. crim.* n° 641. Dans d'autres arrêts, l'invocation de l'article 15 du Pacte est accompagnée de celle de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ; V. Cass. Crim., 14 décembre 2005, n° 333, p. 1147.

1132 Cass. Crim., 9 janvier 2018, n° 17-80200, à paraître au *Bulletin*, consulté sur : *legifrance.gouv.fr*.

1133 Cass. Crim., 10 mai 2012, *B. crim.* n° 116.

1134 Cass. Crim., 29 juin 1999, *B. crim.* n° 158, p. 431.

1135 Cass. Crim., 17 mai 2000, n° 99-86606, Inédit ; 30 janvier 2001, n° 00-82341 ; 25 septembre 2001, n° 00-83775, Inédit ; consultés sur : *legifrance.gouv.fr*. Sur la question générale de la justiciabilité des droits sociaux, V. ALIPRANTIS Nikitas, « Les droits sociaux sont justiciables ! », *Droit social* 2006, p. 158.

1136 Cass. Crim., 15 octobre 1991, n° 90-86791, Inédit, consulté sur : *legifrance.gouv.fr*. De son côté, la chambre sociale de la Cour de cassation a jugé que cet article est « directement applicable en droit interne » ; Cass. Soc., 16 décembre 2008, *B.* n° 251 ; *Revue de droit du travail*, 2009, p. 239, note DE QUENAUDON.

1137 *Sharifi v. State*, 993 So. 2d 907 (Ala. Crim. App. 2008).

d'une « *utilité réduite dans les affaires pénales* »[1138], pour raison que « *les différents documents internationaux des droits de l'homme ne créent pas de droits invocables devant les tribunaux américains* »[1139]. En même temps, des juridictions pénales fédérales ont accepté l'effectivité de certains droits consacrés par le Pacte. Ils ont trouvé que cet instrument « *n'a pas pour objectif de réglementer les relations entre les Nations. Le Pacte est plutôt un accord international stipulant comment chaque État partie doit traiter les personnes relevant de sa juridiction* »[1140]. Dans tous les cas, le juge pénal américain s'intéresse à la justiciabilité du droit conventionnel pour décider de son effectivité pénale.

1138 *In re Death Penalty Disparity Claims*, 2013 WL 5879422 (Conn. Super. Ct. Oct. 11, 2013).

1139 *Ibid.*

1140 *United States v. Benitez*, 28 F.Supp.2d 1361 (S.D. Fla. 1998).

## SECTION II.
## LE POUVOIR DU JUGE PÉNAL DE SANCTIONNER LA VIOLATION DU DROIT CONVENTIONNEL

**449.** Du côté du destinataire de la norme, la justiciabilité est équivalente à la consécration d'un droit individuel par la convention. Du côté du juge pénal, on peut dire que la justiciabilité signifie « *la capacité pour le juge de prendre appui sur la stipulation de tels droits afin de motiver le dispositif de la décision de justice* »[1141].

Parfois, il n'appartient pas au juge pénal de protéger le droit conventionnel, cette mission nécessitant l'intervention de l'État. L'exemple du droit d'appel des décisions judiciaires aux Pays-Bas est pertinent. Ce droit est consacré par l'article 14 du Pacte international des droits civils et politiques. En droit hollandais, l'appel n'est pas possible en matière fiscale. Sur le fondement du Pacte international, une personne condamnée à des amendes pour évasion fiscale se pourvoit en cassation pour demander que la Cour suprême agisse comme Cour d'appel à sa condamnation. La Cour suprême refuse de donner effectivité à ce droit, raisonnant que les amendements aux institutions du pouvoir judiciaire nécessitent l'intervention du Législateur[1142]. Il apparaît ainsi que la nature même du droit fait que la justice pénale n'est pas l'instance appropriée pour revendiquer la protection de ce droit. Cela rappelle la distinction faite par la Constitution espagnole entre, d'un côté, les droits fondamentaux qui peuvent faire l'objet d'un recours devant les juridictions ordinaires et, de l'autre, les « *principes directeurs de la politique sociale et économique* » qui nécessitent une mise en œuvre et qui « *ne peuvent être invoqués devant la juridiction ordinaire que conformément aux dispositions des lois qui les appliquent* »[1143].

**450.** Par un raisonnement comparable, des juristes français distinguent entre l'effectivité du Pacte international des droits civils et politiques et celle de son jumeau relatif aux droits sociaux et économiques, considérant que seul le premier crée des droits justiciables au profit des individus[1144]. Ce raisonnement trouve également écho dans la jurisprudence de la Haute Cour Constitutionnelle égyptienne qui a refusé de prononcer l'inconstitutionnalité d'une

---

1141 DE SCHUTTER Olivier, « Les générations des droits de l'homme et l'interaction des systèmes de protection : les scénarios du système européen de protection des droits fondamentaux », *in* MARGUÉNAUD Jean-Pierre (dir.), *Juger les droits sociaux*, Actes du Colloque organisé par ADEAGE le 19 octobre 2001, Université de Limoges, Pulim, 2004, p. 13.

1142 Supreme Court, 11 octobre 1989, NJ 1990, r.o.4.9., cité dans SLOSS David, *The role of domestic courts in treaty enforcement*, *op. cit.*, p. 344, note 73.

1143 Article 53 de la Constitution espagnole du 27 décembre 1978. Une distinction comparable entre les droits individuels se trouve dans la Constitution portugaise ; V. TRIENBACH Mélanie, *op. cit.*, p. 67-68.

1144 CE, ass., 5 mars 1999, *Rouquette et autres*, *RFDA*, p. 357, concl. MAUGÜÉ.

incrimination du code pénal pour non-conformité avec le droit au développement consacré par les Pactes internationaux[1145]. Pour les juges, la satisfaction de ce droit nécessite « *l'intervention positive de l'État* » pour investir ses ressources selon ses capacités économiques, alors que l'accomplissement des droits politiques et des libertés individuelles se fait par « *une simple omission* » des autorités étatiques de ne pas les limiter.

**451.** La justiciabilité, analysée du côté du juge pénal, est le reflet de la tradition juridique dans laquelle le juge exerce son travail. Ainsi, les obstacles à l'exercice du pouvoir du juge pénal à sanctionner la violation du droit ne sont pas spécifiques aux conventions internationales. La question du *Remedy*, en droit américain, est un obstacle substantiel à l'exercice du pouvoir du juge pénal américain qui trouve ses origines dans l'histoire même de la *Common Law* (§ 1). Par la même optique, subordonner ce pouvoir à des obstacles procéduraux tels que la forclusion des moyens ou à des déclarations d'ineffectivité répond beaucoup plus à des directives dans le système pénal national qu'à des spécificités des conventions internationales (§ 2).

## § 1. LES OBSTACLES SUBSTANTIELS À L'EXERCICE DU POUVOIR DU JUGE PÉNAL : LA QUESTION AMÉRICAINE DU *REMEDY*

**452.** L'article 36 de la Convention de Vienne sur les relations consulaires garantit aux ressortissants étrangers arrêtés dans un État partie le droit d'être informé de la possibilité de contacter les autorités consulaires du pays dont ils sont issus.

**453.** En droit français, l'application par le juge pénal de l'article 36 de ladite convention, à notre connaissance, ne s'est jamais posée[1146]. Cependant, une question prioritaire de constitutionnalité transmise à la Chambre criminelle de la Cour de cassation a pu fournir des enseignements pertinents. La question portait sur l'article 63-1 du CPP consacrant l'obligation de notifier la personne des circonstances de son placement en garde à vue et des droits dont elle bénéficie. Dans sa version antérieure au 2 juin 2014, la disposition procédurale, remise en question dans l'arrêt, omettait d'énoncer le devoir de notification du droit pour le gardé à vue étranger de faire prévenir les autorités consulaires de son État. Pour l'accusé dans l'affaire, cette omission rendait le texte contraire aux principes du procès équitable et des droits de la

---

1145 HCC (Egy), 2 mars 1996, Req. n° 34, année judiciaire 15, consulté sur : *sccourt.gov.eg*. Le Commissaire du gouvernement devant le Conseil d'État français indique que les Parties au Pacte relatif aux droits sociaux et économiques « ont entendu assigner aux États signataires une obligation de résultat, mais sa réalisation est graduelle et dépendante à la fois de l'aide international, de la disponibilité des moyens et du choix des mesures » ; CE, ass., 5 mars 1999, *op. cit.*

1146 Une ordonnance de la Cour d'appel de Toulouse traite du sujet. Par suite d'une ordonnance de maintien au centre de rétention par le juge de libertés et de la détention, l'intéressée - de nationalité marocaine - forme un appel sur le fondement que les autorités françaises ne l'ont pas informée de son droit de joindre son ambassade ou son consulat lors de la notification de ses droits. Pour la Cour d'appel, « l'article 36 b ne concerne que les personnes étrangères arrêtées, incarcérées ou détenues et non pas retenues ». CA Toulouse, 26 juin 2009, n° 09/187, consulté sur : *dalloz.fr*. Nous émettons des doutes sur le sémantisme de ce raisonnement surtout au regard du fait que le texte international consacre l'obligation de notification quand le ressortissant étranger « est arrêté, incarcéré ou mis en état de détention préventive ou *toute autre forme de détention* ».

défense. La Chambre criminelle n'est pas d'accord. La question posée ne présente pas un caractère sérieux pour la raison que, même en l'absence d'une consécration explicite de l'obligation de notification, l'exercice du droit du ressortissant étranger de contacter les autorités consulaires, « *résultant des engagements internationaux de la France, implique, pour être effectif, que l'intéressé soit informé de cette faculté* »[1147]. Ainsi, on peut comprendre que le défaut de notification par l'officier de police judiciaire, comme formalité substantielle, entraîne la nullité de la procédure[1148].

Par la suite, le législateur français a codifié ce droit de notification dans l'article 63-1. La situation actuelle est que toute violation du droit consacré par l'article 36 de la Convention de Vienne engendre la nullité de la procédure lorsque sa méconnaissance « *a porté atteinte aux intérêts de la partie qu'elle concerne* »[1149]. En cas d'inobservation de cette formalité de source internationale, toute juridiction pénale française peut prononcer la sanction procédurale de nullité[1150]. Même au-delà de la consécration textuelle, le juge pénal est « *muni* » pour sanctionner la violation des droits conventionnels par le mécanisme de la nullité virtuelle. Ce mécanisme sanctionne toute méconnaissance d'une formalité procédurale substantielle. « *Au-delà des droits de la défense, ce sont tous les droits fondamentaux du justiciable qui sont concernés, tout au moins tous ceux qui peuvent être mis en cause lors d'une procédure pénale* »[1151].

**454.** Or, la situation est différente de l'autre côté de l'Atlantique. Les litiges de l'article 36 de la Convention de Vienne ne peuvent produire les mêmes effets devant la justice américaine. Les accusés, dans leur majorité, requièrent l'exclusion des preuves obtenues lors de la garde à vue durant laquelle ils n'ont pas été notifiés de leur droit de contacter leur consulat respectif. L'arrêt *Sanchez-Llamas v. Oregon* pose le problème de la manière suivante : « *la Convention [de Vienne] ne prévoit pas l'exclusion de preuve ni aucun autre correctif spécifique, mais laisse expressément la mise en œuvre de l'article 36 au droit interne* »[1152].

Ce précédent a été spécifiquement désigné pour deux raisons. Tout d'abord, le raisonnement de la Cour illustre ces lacunes substantielles dans le traité qui peuvent empêcher le juge pénal américain de sanctionner la violation des droits. La question du *remedy*[1153], comme spécificité du droit pénal américain, est au cœur de ces lacunes substantielles. Par

---

1147 Cass. Crim., 16 avril 2013, *B. crim.*, n° 88.

1148 Des commentateurs s'interrogent s'il faut comprendre la formule comme enjoignant implicitement aux enquêteurs d'informer la personne gardée à vue qu'elle a la possibilité de faire prévenir les autorités consulaires de son pays d'origine. V. GAYET Carole, « Garde à vue : quant au droit de faire prévenir les autorités consulaires », *Dalloz Actualité*, 24 mai 2013. Notre position est que la réponse est positive.

1149 Art. 171 CPP.

1150 Art. 802 CPP.

1151 GALLOIS Alexandre, *Les nullités de procédure pénale*, 2e éd., Lextenso, 2017, p. 23.

1152 *Sanchez-Llamas v. Oregon*, 548 U.S. 331 (2006).

1153 Ce terme est parfois traduit en français comme le « droit à réclamation devant un tribunal interne ». TAXIL Bérangère, *op. cit.*, p. 172.

ailleurs, les litiges de l'article 36 de la Convention de Vienne sur les relations consulaires ont connu une abondance des décisions pénales traitant de cette question dans les vingt dernières années et une préoccupation tantôt fédérale qu'étatique de cette question.

**455.** Afin de déchiffrer les solutions prônées par la justice pénale américaine dans les litiges de l'article 36 de la Convention de Vienne (B), et par là exposer les obstacles substantiels au pouvoir du juge pénal de sanctionner la violation de droits individuels, il nous faut leur trouver la Pierre de Rosette correspondante(A).

### A. La Pierre de Rosette

**456.** L'élément de compréhension des solutions prônées par la jurisprudence américaine concernant les litiges de l'article 36 de la Convention de Vienne sur les relations consulaires se retrouve dans le formalisme de la tradition juridique américaine (1). Cet exposé de l'environnement juridique rend plus clair la lecture de ses conséquences sur le domaine pénal (2).

#### 1. Le sol américain : une culture juridique formaliste

> « Contrairement à certaines idées reçues, la culture juridique de Common Law est celle qui a le plus de traits communs avec la Rome antique »[1154].

**457.** En droit romain, la loi ne pouvait être source d'un droit individuel que sous condition de pouvoir être mise en œuvre par une formule dûment accréditée par le juge[1155]. Ainsi, le droit individuel se définit avant tout comme un droit procédural d'action en justice. « *En l'absence d'une formule correspondant au cas litigieux, il n'est pas de droit opposable* »[1156]. Le droit romain quittera l'Europe continentale par la Normandie pour marquer profondément le droit des nouveaux conquérants de l'île britannique. Le pouvoir normatif du monarque anglais est surtout fondé sur la fonction de juger. L'accès à la juridiction royale était limité par un système d'actions comparable au droit romain. Pour saisir cette juridiction, il fallait soit obtenir une ordonnance rédigée par le chancelier du roi, soit obtenir une autorisation délivrée par le juge lui-même. À chaque type de droit individuel correspondait un type déterminé d'action qui précisait la procédure à suivre. « *Ainsi que l'exprime l'adage Remedies precede rights, on ne pouvait donc faire valoir son droit que s'il existait une action déterminée (un remède) qui corresponde au cas d'espèce* »[1157].

**458.** C'est ce syncrétisme juridique qui va atterrir dans le nouveau monde avec les colons anglais. Pour le juriste américain Oliver Wendell Holmes, les droits individuels ne sont que des

---

1154 SUPIOT Alain, *La gouvernance par les nombres : Cours au Collège de France (2012-2014)*, Fayard, 2015, p. 69.

1155 *Ibid.*, p. 64.

1156 *Ibid.*, p. 66.

1157 *Ibid.*, p. 70. Pour une critique de cette règle dans le domaine de la philosophie du droit, V. WOLCHER Louis, « The paradox of remedies : the case of International Human Rights Law », 38 *Colum. J. Transnat'l L.* 515 (2000).

prophéties. Un droit n'est autre qu'une prédiction de la solution judiciaire[1158]. Devant une juridiction américaine, *Remedies precede rights* traduit une sorte de rivalité entre le droit substantiel et le correctif de sa violation. Elle exprime l'opportunité d'une résolution judiciaire du procès, surtout avec un principe de séparation des pouvoirs religieusement respecté[1159].

**459.** Il s'agit donc d'une conception du droit subjectif et de la justice radicalement différente de celle de la tradition de droit civil. Pour illustrer cette distinction, citons - un peu longuement - Antoine Garapon :

> « Sur le Vieux Continent, la procédure est rétrospective : elle est dirigée vers la détermination des effets juridiques découlant d'une série d'évènements passés identifiables. Dans ce modèle, les droits (rights) et les réparations (remedies) sont intimement intriqués dans une relation logique nécessaire et suffisante : dans le droit des contrats, par exemple, une fois le droit ou l'intérêt du plaignant identifiés et la nature du dommage déterminée, la réparation suit presque automatiquement. […] En revanche, la logique des remedies, poussée à son terme, est tout autre. La temporalité de la procédure n'est plus rétrospective, mais prospective : le remède requis tend plus à corriger et à reconstruire de façon viable un rapport juridique dans la durée qu'à compenser un préjudice spécifique et quantifiable du passé. Puisque c'est l'effectivité des droits qui importe, le remède n'est plus un dérivé logique du droit substantiel invoqué »[1160].

## 2. L'inscription pénale : la consécration explicite du correctif par le texte

**460.** Si la conception du droit subjectif dans le sol américain est principalement le produit de la matière civile, son influence sur l'inscription pénale de notre Pierre de Rosette n'est pas moins importante.

L'exemple de l'*habeas corpus* comme institution caractéristique du droit anglo-saxon est une application fidèle de l'adage *Remedies precede rights*. Comme son nom l'indique, le *writ of habeas corpus* est une ordonnance adressée par un juge lui permettant de sommer le gardien de la personne détenue de présenter « *corporellement* » celle-ci aux fins de statuer sur la légalité de la détention[1161]. Il s'agit donc d'un correctif de la détention arbitraire, la liberté individuelle étant incarnée par la procéduralité que sa violation engendre[1162].

**461.** De la même manière, à chaque fois que le juge pénal américain est appelé à sanctionner la violation d'un droit individuel déterminé, il recherche l'existence du correctif pénal approprié.

---

1158 HOLMES Oliver Wendell, « The path of the Law », 10 *Harvard Law Review* 457 (1897), consulté sur: *constitution.org*.

1159 V. dans ce sens, YOO John, « Treaties and public lawmaking: a textual and structural defense of non-self-execution », *op. cit.*, p. 2245.

1160 GARAPON Antoine, *Juger en Amérique et en France*, *op. cit.*, p. 220.

1161 PRADEL Jean, *Droit pénal comparé*, *op. cit.*, p. 559.

1162 Il est intéressant de noter que ce correctif n'est pas un passe-partout. Parfois, le strict formalisme juridique américain conduit à des conséquences aberrantes. À titre d'exemple, la Cour suprême a jugé que, passé le délai légal, l'habeas corpus n'était pas le correctif approprié en cas de découverte de nouvelles preuves. La grâce exécutive est considérée comme « le remède historique pour éviter le déni de justice quand le processus judiciaire a été épuisé ». *Herrera v. Collins*, 506 U.S. 390 (1993).

La justiciabilité du droit individuel dépend de l'existence d'une procédure antérieurement dessinée qui protège contre la violation de ce droit.

Les accusés dans les affaires de l'article 36 évoquent l'exclusion de preuve comme correctif approprié à la violation des droits de source internationale. Ainsi, pour comprendre la réaction des juridictions pénales américaines à ces requêtes, il nous faut explorer ce correctif déterminé qui va servir d'illustration pour la question plus générale des obstacles substantiels au pouvoir du juge américain. D'autres exemples de correctifs ont été exigés à l'occasion de l'application de l'article 36. Cependant, nous ne les exposons pas pour éviter la répétition, le raisonnement sous-jacent étant identique à celui du correctif de l'exclusion de preuve[1163].

**462. L'exemple du correctif d'exclusion de preuve[1164].** L'exclusion de preuve obtenue au détriment de droits individuels a fait l'objet de plusieurs précédents par la Cour suprême[1165]. Nous retenons deux arrêts des plus illustratifs de la question.

**463.** Dans *Wolf v. Colorado*, l'accusé était poursuivi pour entente en vue de commettre des interruptions de grossesse sur le fondement de preuves obtenues en violation du quatrième amendement constitutionnel. Ce dernier consacre le droit des citoyens d'être « *garantis dans leur personne, leur domicile, leurs papiers et effets, contre les perquisitions et les saisies non motivées* ». Pour la défense, la preuve obtenue par suite d'une perquisition illégale dans une poursuite locale doit être exclue par respect du principe du procès équitable, comme c'est le cas pour les poursuites fédérales. Cependant, la Cour suprême considère que l'exclusion de preuve par les juridictions locales n'est pas le correctif approprié dans le cas d'espèce. Néanmoins, la violation de ce droit constitutionnel peut être réparée par une action devant les juridictions civiles ou par « *des remèdes disciplinaires à l'intérieur de la hiérarchie du système policier* »[1166]. La juridiction suprême suggère que si violation de droit il y en a, le juge pénal local n'est pas muni pour la sanctionner, le correctif de la violation se situant hors de l'espace pénal.

**464. L'exclusion en cas de violation d'un droit constitutionnel.** C'est par là que l'arrêt *Mapp v. Ohio* devient plus intéressant, la Cour suprême jugeant opportun que la violation d'un droit constitutionnel lors d'une procédure pénale soit sanctionner *in situ* et non pas par des réparations civiles ou disciplinaires à l'extérieur du circuit pénal[1167]. Dans les faits, Dollree Mapp était une employée d'une entreprise de paris sportifs dans l'État d'Ohio. Un indicateur

---

1163 Pour une affaire représentative, V. *United States v. Morrison*, 602 F.2d 529 (3d Cir. 1979) et l'arrêt de cassation de la Cour suprême *United States v. Morrison*, 449 U.S. 361 (1981), tous les deux relatifs au correctif du rejet de l'acte d'accusation.

1164 Sur l'état de cette question en droit comparé, V. GIANNOULOPOULOS Dimitrios, *L'exclusion de preuves pénales déloyales : une étude comparée des droits américain, anglais, français et hellénique*, Thèse, Université Paris I-Panthéon Sorbonne, 2009, 852 p.

1165 La ligne des grands arrêts relatifs à cette question peut être retracée à partir de *Boyd v. United States*, 116 U.S. 616 (1886) et *Weeks v. United States*, 232 U.S. 383 (1914).

1166 *Wolf v. Colorado*, 338 U.S. 25 (1949).

1167 *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643 (1961).

dénonce à la police que celle-ci offrait refuge à une personne poursuivie pour attentat par bombe. Quand Mapp ne répond pas aux frappes à sa porte, les policiers entrent dans son logement par force, brandissant un faux mandat de perquisition. Plusieurs objets ont été saisis parmi lesquels figurent un ensemble de documents pornographiques dont la possession est incriminée par l'article 2905-34 du Code révisé de l'État d'Ohio[1168]. Après avoir été condamnée à sept ans d'emprisonnement par la juridiction étatique, Mapp se pourvoit en cassation devant la Cour suprême, arguant que la saisie de l'objet d'infraction était le produit d'une perquisition illégale en violation du quatrième amendement et que cette preuve doit être exclue par conséquent. Opérant un revirement de taille par rapport à la jurisprudence Wolf, la Cour considère que le droit à la vie privée, sans la protection de la règle d'exclusion, serait « *une forme de mots. […] Juger différemment revient à conférer un droit mais, en pratique, étouffer son privilège et sa jouissance* »[1169]. Ainsi, l'exclusion de preuve obtenue en violation du droit constitutionnel constitue le correctif approprié.

**465.** Il n'est pas étonnant alors de constater que l'exploration de la jurisprudence au niveau local, devant les juridictions des États fédérés, confirme également le rattachement du juge pénal américain à chercher si la violation d'un certain droit est sanctionnée par le correctif de l'exclusion des preuves ou des aveux. La décision exposée a été choisie pour raison que le droit invoqué provient d'une loi fédérale, ainsi elle permet d'effectuer une analogie avec les droits consacrés par les conventions internationales.

**466. L'exclusion en cas de violation d'un droit consacré par une loi fédérale.** L'affaire relative au *Health Insurance Portability and Accountability Act* (HIPAA) de 1996 offre des enseignements pertinents. Cette loi fédérale porte principalement sur des questions de santé publique et elle garantit, dans ce cadre précis, certains droits pour les individus. En matière de déontologie, la loi consacre le respect du secret des dossiers médicaux par le personnel médical et administratif et elle établit les cas exceptionnels de dérogation à cette obligation.

Dans *State v. Straehler*, était posée devant la Cour d'appel du Wisconsin la question de savoir si la violation du secret médical peut justifier l'exclusion de preuve obtenue à la suite de cette violation. Dans les faits, Straehler a eu un accident de voiture. Transférée à l'hôpital, son état ne permettait pas de prendre ses déclarations par l'officier de police. C'est ainsi que ce dernier se tourne vers son infirmière qui témoigne que l'accusée a avoué avoir consommé de l'alcool avant d'être opérée. Suite à cette information, l'officier de police demande un test d'alcoolémie dont les résultats montrent un taux dépassant le seuil légal. Straehler est ainsi poursuivie pour conduite en état d'ivresse.

---

1168 « No person shall knowingly […] have in his possession or under his control an obscene, lewd or lascivious book. […] Whoever violates this section shall be fined not less than two hundred nor more than two thousand dollars or imprisoned not less than one nor more than seven years, or both ».

1169 *Mapp v. Ohio*, *op. cit.*

Pour la défense, le test d'alcoolémie doit être exclu au regard qu'il a été obtenu en violation du droit fédéral de respect du secret médical garanti par HIPAA. Tout en admettant le droit, la juridiction étatique refuse cette requête pour raison que HIPAA n'a pas prévu l'exclusion de preuve comme correctif pénal à la violation des droits consacrés. La juridiction pose également le principe général qui nous intéresse dans ce domaine : « *l'exclusion n'est justifiée que lorsque des preuves ont été obtenues en violation des droits constitutionnels de l'accusé ou si une loi prévoit expressément l'exclusion comme correctif à la violation* »[1170].

**467.** Est ainsi dégagée la Pierre de Rosette expliquant la logique derrière le refus du juge pénal américain de sanctionner la violation des droits de source conventionnelle dans le cadre de la défense. Le correctif de la violation des droits individuels aux États-Unis est toujours légal. Le juge pénal ne peut déclarer un correctif virtuel que dans le cas d'une violation d'un droit constitutionnel[1171]. Si le droit est consacré par la loi ou par un texte du même rang juridique, c'est-à-dire une convention internationale, il n'a pas de valeur substantielle : ou bien le texte même doit explicitement prescrire le correctif de la violation du droit ou bien le législateur doit intervenir pour prévoir ce correctif.

## B. Le déchiffrage des litiges de l'article 36 de la Convention de Vienne sur les relations consulaires

**468.** Selon le Restatement (third) of Foreign Relations Law, « *whether a treaty is self-executing is a question distinct from whether the treaty creates private rights or remedies* ».

La Pierre de Rosette nous permet de comprendre cette couche supplémentaire de justiciabilité exigée par le juge pénal américain pour sanctionner la violation de droits conventionnels. Il ne suffit donc pas que la convention internationale consacre le droit individuel, mais il faut qu'elle consacre également le correctif pénal de sa violation. Seule la violation d'un droit constitutionnel est traitée différemment. C'est cette spécificité américaine qui explique la rationalité derrière l'ineffectivité pénale des droits issus de la Convention de Vienne sur les relations consulaires (1). La critique de cette exigence devient alors une nécessité (2).

---

1170 *State v. Straehler*, 307 Wis.2d 360 (Wis. App. 2007). Ce même argument est repris par les juridictions de l'État du Kansas dans une décision relative à la même loi fédérale et le même droit consacré, V. *State v. Yenzer*, 40 Kan.App.2d 710 (Kan. App. 2008). Le principe que l'exclusion de preuve est spécifique aux violations de droits constitutionnels a été confirmée par les juridictions fédérales. V. à titre d'exemple, *United States v. Hensel*, 699 F.2d 18 (5th Cir. 1982).

1171 Certains auteurs limitent même la portée de la règle d'exclusion aux violations des droits consacrés par le quatrième amendement spécifiquement ; V. BROYLES Scott, *Criminal Law in the USA*, Wolters Kluwer, coll. Law & Business, Pays-Bas, 2011, p. 117.

## 1. La rationalité de l'ineffectivité pénale du droit conventionnel de notification

**469.** L'attitude de la jurisprudence américaine à l'égard de la Convention de Vienne sur les relations consulaires n'est pas surprenante. Dès 1950, dans *Johnson v. Eisentrager*, la Cour a pris une position semblable à l'égard de la Convention de Genève sur le traitement des prisonniers de guerre. Des militaires allemands ont été arrêtés en Chine et jugés par une commission militaire américaine pour crimes de guerre. Transporté à la Zone d'occupation américaine en Allemagne pour purger leur peine, ils adressent une requête d'*habeas corpus* à une cour fédérale sur le fondement de l'article 63 de ladite convention. Ce texte stipule qu'« *un jugement ne pourra être prononcé à la charge d'un prisonnier de guerre que par les mêmes tribunaux et suivant la même procédure qu'à l'égard des personnes appartenant aux forces armées de la Puissance détentrice* ». La Cour suprême admet que la convention confère des droits aux individus, notant que les prisonniers doivent profiter de sa protection. Cependant, elle précise que « *la responsabilité du respect et de l'application de ces droits incombe aux autorités politiques et militaires* »[1172]. Les droits des ennemis prisonniers sont garantis par les protestations et l'intervention des États, *l'habeas corpus* ne serait pas un correctif approprié. Le droit existe, mais il n'est pas justiciable. Il n'est pas du pouvoir du juge pénal de sanctionner sa violation pour raison que « *la machine corrective spécifiée dans le traité lui-même est extrajudiciaire* »[1173]. Dans la même logique, la Cour des appels criminels du Tennessee a trouvé que les violations des droits de la Convention de Vienne ne sont pas invocables devant « *le système de justice pénale* »[1174].

**470.** Moises Sanchez-Llamas est un ressortissant mexicain. Arrêté pour tentative de meurtre, il formule des déclarations incriminantes durant son interrogatoire. Cependant, la police ne l'a pas notifié de son droit de contacter son consulat en vertu de l'article 36 de la Convention de Vienne. Sa condamnation à vingt ans d'emprisonnement confirmée au niveau étatique et fédéral, il adresse une requête de *certiorari* à la Cour suprême, demandant l'exclusion de l'aveu sur lequel sa condamnation a été obtenue. La haute juridiction a refusé la requête de Sanchez-Llamas. Les juges de la majorité fondent leur raisonnement sur une série d'arguments superposés de manière à bâtir l'édifice de l'exigence de correctif pénal en matière de conventions internationales. Par souci de clarté, nous suivrons notre propre organisation des arguments.

**471.** Il nous apparaît que le point de départ de la solution prônée par la majorité est que l'article 36 précise, dans son paragraphe 2, que le droit de notification doit s'exercer « *dans le cadre des lois et règlements de l'État de résidence* »[1175]. Comme la Pierre de Rosette démontre, pour sanctionner la

---

1172 *Johnson v. Eisentrager*, 339 U.S. 763 (1950).

1173 *Holmes v. Laird*, 459 F.2d 1211 (D.C. Cir. 1972). Cette explication de la Cour fédérale concernait le *Status of Forces Agreement* des pays de l'OTAN.

1174 *Young Bok Song v. Carlton*, 2011 WL 900059 (Tenn. Crim. App. Mar. 16, 2011).

1175 *Sanchez-Llamas v. Oregon*, 548 U.S. 331 (2006).

violation d'un droit individuel, le correctif pénal doit être explicitement consacré. « *Lorsqu'un traité prévoit un correctif judiciaire déterminé, les tribunaux sont tenus de l'appliquer en tant que condition du droit fédéral* »[1176]. Examinant la Convention de Vienne, la Cour constate que celle-ci n'a prévu, ni explicitement ni implicitement, un *remedy* pour sanctionner la violation de droit de notification. Par conséquent, « *il n'appartient pas aux juridictions fédérales d'imposer un correctif aux États* ». En deuxième lieu, la Cour indique que l'exclusion de preuve est réservée aux violations de droits constitutionnels, comme ceux garantis par les quatrième et cinquième amendements. L'exclusion de preuve constitue ainsi « *un correctif disproportionné* » pour raison que les intérêts proclamés par l'accusé en vertu de l'article 36 « *sont effectivement protégés par d'autres dispositions constitutionnelles* »[1177], notamment le droit d'être assisté d'un avocat et le droit de ne pas s'auto-incriminer.

**472.** *Sanchez-Llamas v. Oregon* représente la culmination de la position adoptée par différentes juridictions fédérales et étatiques à l'égard de la Convention de Vienne sur les relations consulaires. Même avant ce précédent de la Cour suprême, une cour fédérale a précisé que « *les correctifs d'une violation de la Convention de Vienne sont exclusivement diplomatiques, politiques ou dérivés du droit international* »[1178]. Certaines juridictions au niveau fédéral se sont focalisées exclusivement sur la question du *remedy*. Les juges n'ont même pas cherché si l'article 36 crée des droits individuels, confirmant que l'exclusion des preuves ne constitue pas un « *correctif approprié* »[1179] ou que l'exclusion est « *typiquement réservée pour les violations constitutionnelles* »[1180], « *sauf si la Convention prévoit explicitement ce correctif* »[1181]. Comme l'indique tant le juge fédéral[1182] que le juge local[1183], il n'existe pas de règle générale d'exclusion applicable aux violations de droit international. D'autres juges sont même allés jusqu'à admettre le droit de notification en vertu de l'article 36. Néanmoins, l'existence du correctif a été traitée comme une question

---

1176 *Ibid.*

1177 *Ibid.*

1178 *Maharaj v. Crosby*, 432 F.3d 1292 (11th Cir. 2005).

1179 *United States v. Li*, 206 F.3d 56 (1st Cir. 2000) [en banc]: « We hold that irrespective of whether or not the treaties create individual rights to consular notification, the appropriate remedies do not include suppression of evidence or dismissal of the indictment ». Pour une jurisprudence locale, V. *State v. Prasertphong*, 75 P.3d 675 (AZ 2003).

1180 *United States v. Lombera-Camorlinga*, 206 F.3d 882 (9th Cir.2000) [en banc]: « Although appellant contends that the exclusionary rule is the usual and, in this instance, only effective way to enforce the treaty's requirement, this and other circuits have held in recent years that an exclusionary rule is typically available only for constitutional violations, not for statutory or treaty violations ». V. dans le même sens, *Murphy v. Netherlands*, 166 F.3d 97 (4th Cir. 1997).

1181 *United States v. Page*, 232 F.3d 536 (6th Cir.2000).

1182 *United States v. Chaparro-Alcantara*, 226 F.3d 616 (7th Cir. 2000): « There is no exclusionary rule generally applicable to international law violations ».

1183 *State v. Homdzuik*, 369 N.J.Super 279 (NJ 2004).

indépendante[1184]. Par conséquent, le droit individuel a été dépouillé de son effectivité pénale à cause de l'absence de consécration conventionnelle du correctif de sa violation[11851186].

**473.** Les juridictions fédérales évoquent surtout un exceptionnalisme américain qui frôle l'ignorance dans sa lecture du droit comparé. Ainsi, pour la Cour d'appel du 5ème circuit, « *la majorité des États ne connaissent pas le correctif de l'exclusion* »[1187]. Les juges citent un juriste selon lequel « *les systèmes juridiques continentaux sont généralement silencieux sur l'admissibilité de preuve* »[1188] obtenue par violation de la loi. Quant à la Cour d'appel du 9ème circuit, elle émet une affirmation qu'« *aucun autre signataire de la Convention de Vienne permet l'exclusion dans les mêmes circonstances* »[1189], un argument de droit comparé pour justifier une position liberticide. Conséquence absurde, en refusant de consacrer l'exclusion de preuve obtenue en violation de l'article 36, la Cour considère que sa position « *promeut l'harmonisation dans l'interprétation d'un accord international* »[1190]. Cette position offre une illustration de « *l'unilatéralisme intellectuel qui a frappé la Common Law, spécialement la Common Law américaine* »[1191].

La Cour suprême fédérale a été séduite par cet argument d'exceptionnalisme dans Sanchez-Llamas. L'exclusion de preuve y est présentée comme « *une création juridique entièrement américaine* » qui est « *universellement rejetée* », de manière qu'il devient peu probable que « *Sanchez-Llamas sera accorder le correctif qu'il sollicite dans aucun des 169 États parties à la Convention* »[1192]. Aucune étude ou doctrine n'a été citée pour soutenir cette vague généralisation. L'argument est plus psychologique que juridique. Il s'agit d'un mécanisme de défense pour une juridiction suprême qui a été condamnée à deux reprises par la Cour internationale de justice dans des affaires relatives à l'article 36 de la Convention de Vienne sur les relations consulaires[1193]. Pour

---

1184 *United States v. Chaparro-Alcantara*, *op. cit.*:« It is sufficient for present purposes to assume that such an individual right is created by the Convention and to confront squarely whether the exclusionary rule is the appropriate sanction for a violation of that right ».

1185 *United States v. Jimenez-Nava*, 243 F.3d 192 (5th Cir. 2001): « Article 36 does not articulate a specific remedy ». *United States v. Ortiz*, 315 F.3d 873 (8th Cir. 2002): « Even if we assume for present purposes that the Convention creates an individually enforceable right, it would not follow, on this record, that the statements should be excluded merely because the Convention has been violated ». Localement, V. l'arrêt de la Cour suprême de l'Iowa, *State v. Buenaventura*, 660 N.W.2d 38 (Iowa 2003).

1186 Pour le correctif du rejet de l'acte d'accusation, V. *United States v. De La Pava*, 268 F.3d 157 (2d Cir. 2001) : « Even if we assume arguendo that De La Pava had judicially enforceable rights under the Vienna Convention-a position we do not adopt-the Government's failure to comply with the consular notification provision is not grounds for dismissal of the indictment». V. également, *United States v. Duarte-Acero*, 296 F.3d 1277 (11th Cir. 2002).

1187 *United States v. Jimenez-Nava*, 243 F.3d 192 (5th Cir. 2001).

1188 *Ibid.*

1189 *United States v. Lombera-Camorlinga*, *op. cit.*

1190 *Ibid.*

1191 MARKESINIS Basil et FEDTKE Jörg, *Judicial recourse to Foreign Law: a new source of inspiration?*, Routledge-Cavendish, New York, 2006, p. 192. V. GIANNOULOPOULOS Dimitrios, *op. cit.*, p. 22.

1192 *Sanchez-Llamas v. Oregon, op. cit.*

1193 *LaGrand (Allemagne c. États-Unis d'Amérique)*, 27 juin 2001, arrêt, *CIJ Recueil 2001*, p. 466 ; *Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. États- Unis d'Amérique)*, 31 mars 2004, arrêt, *CIJ Recueil* 2004, p. 12.

la juridiction internationale, « *pour fournir la réparation appropriée en l'espèce, les États-Unis d'Amérique sont tenus d'assurer, par les moyens de leur choix, le réexamen et la révision des verdicts de culpabilité rendus et des peines prononcées* »[1194].

## 2. La critique de l'exigence de la consécration conventionnelle du correctif

**474.** Comme le précise Ernest Young, si les conventions internationales sont la « *loi suprême du Pays* », elles seront traitées de la même manière que cette loi suprême avec toutes ses particularités[1195]. Les litiges de l'article 36 de la Convention de Vienne, pris comme illustration, démontrent une spécificité américaine concernant le pouvoir du juge pénal de sanctionner la violation des droits conventionnels. Par l'influence de la tradition juridique, des lacunes substantielles dans le traité dépouillent les droits de leur effectivité pénale. Certains auteurs ont tenté de tempérer la portée de cette position jurisprudentielle. Il se félicite même de l'efficacité extrajudiciaire de ces litiges ayant incité plus d'un législateur local à consacrer explicitement le droit de notification pour les ressortissants étrangers ainsi que le respect plus évident de ce droit par les autorités policières[1196].

**475.** Globalement, les traités internationaux ne déterminent presque jamais la sanction de la violation des droits qu'elles consacrent[1197]. Exiger un correctif explicite est une couche supplémentaire de conditions qui vient compliquer la question de l'application des conventions internationales dans l'espace pénal américain, à tel point que le monisme constitutionnellement déclaré devient un dualisme judiciairement pratiqué. Cette critique devient d'autant plus pertinente par l'examen de la jurisprudence plus datée de la Cour suprême fédérale. Le professeur David Sloss a étudié les arrêts touchant le droit international conventionnel entre 1789 et 1838[1198]. Sur 58 décisions étudiées, l'auteur a trouvé qu'elles correspondent toutes à l'adage « *where there is legal right, there is legal remedy* » beaucoup plus qu'au principe *Remedies precede rights*. Sloss a même distingué quinze arrêts dans lesquels la Cour confère un remedy à l'individu malgré l'absence d'une consécration explicite dans le texte international[1199].

---

1194 *Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. États- Unis d'Amérique)*, *op. cit.*, § 153.

1195 YOUNG Ernest, *op. cit.*, p. 95.

1196 KALB Johanna, *op. cit.*, p. 1066-1067.

1197 Pour un commentateur américain, il existe en droit international un remède général de restitution du *statu quo ante* pouvant être appliqué aux litiges de l'article 36. Pour l'auteur, tant que le Congrès n'exclut pas expressément ce remède, il peut être appliqué en matière pénale, conduisant ainsi à la libération du détenu étranger qui n'a pas été notifié de son droit de contacter son consulat. V. KIRGIS Frederic, « Restitution as a remedy in US Courts for violations of International Law », 95 *Am. J. Int'l L.* 341 (2001).

1198 SLOSS David, « When do treaties create individually enforceable rights: the Supreme Court ducks the issue in Hamdan and Sanchez-Llamas », 45 *Colum. J. Trans. L.* 20 (2006).

1199 *Ibid.*, p. 57-70.

**476.** L'un des arrêts répressifs les plus investis dans ce domaine est *United States v. Rauscher*, déjà étudié en matière d'extradition[1200]. Quand l'accusé sollicite le bénéfice de la règle de spécialité, la juridiction inférieure considère que le seul correctif possible dépend « *du pouvoir exécutif des gouvernements respectifs* »[1201]. Or, la Cour suprême n'analyse pas la convention pour déterminer la sanction de la violation de ses dispositions. Du moment qu'elle décide que la convention confère des droits aux individus, elle précise que l'acquittement est la solution juste. Le *remedy* conventionnel n'est pas traité comme question indépendante[1202].

Dans une autre affaire pénale, une infraction est commise sur un navire commercial belge dans le port du New Jersey. En vertu d'une convention conclue en 1880 entre les deux pouvoirs, le Consul belge détient une compétence exclusive pour poursuivre ces infractions, par exception au principe de la territorialité. La Cour juge que cette convention confère au Consul un droit qu'il peut exercer par un *writ of habeas corpus* dans le cas où un ressortissant belge est arrêté en violation de sa compétence[1203]. Cette solution ne figure cependant nulle part dans le traité.

**477.** Beaucoup d'autres arrêts de la Cour suprême démontrent le désintérêt complet du juge pénal à la question du correctif conventionnel du moment qu'il est déterminé que la convention consacre des droits individuels. À titre d'exemple, aucune disposition des quatre conventions de Genève sur le droit de la guerre ne détermine des sanctions pour la violation des droits qu'elles protègent. Cependant, dans *Hamdan v. Rumsfeld*, la Cour suprême a considéré que les commissions militaires établies par Georges Bush étaient contraires à l'article 3 commun aux conventions qui exige qu'un jugement de condamnation soit « *rendu par un tribunal régulièrement constitué, assorti des garanties judiciaires reconnues comme indispensables par les peuples civilisés* »[1204]. Par conséquent, elle casse l'arrêt de la Cour fédérale inférieur ayant refusé à Hamdan sa requête d'*habeas corpus*.

**478.** Ainsi, il apparaît que c'est surtout le correctif de l'exclusion de preuve comme sanction de la violation d'un droit conventionnel qui pose problème. Les juridictions, tant fédérales qu'étatiques, se focalisent sur l'exceptionnalisme de ce correctif en le liant au contexte de droits constitutionnels. Cela étant, l'exigence de la consécration explicite de ce correctif par le traité ne faisait pas l'unanimité avant *Sanchez-Llamas*. Plusieurs juridictions avaient canonisé l'élément du préjudice comme critère pour accorder l'exclusion de preuve. Ainsi, si un « *préjudice effectif* » a été infligé à l'accusé par l'inobservation de son droit conventionnel de

---

1200 V. *supra* n° 433.

1201 *United States v. Raushcer*, *op. cit.*

1202 C'est par ailleurs ce que la Cour suprême a privilégié dans une autre décision datant de la même période, V. *Chew Heong v. United States*, 112 U.S. 536 (1884). Pour une analyse doctrinale, V. HATHAWAY Oona, MCELROY Sabria, SOLOW Sara Aronchick, « International law at home: enforcing treaties in US courts », *op. cit.*, p. 61 et s.

1203 *Mali v. Keeper of the Common Jail of Hudson County*, 120 U.S. 1 (1887).

1204 *Hamdan v. Rumsfeld*, 548 U.S. 557 (2006).

notification, l'exclusion de preuve serait un correctif approprié[1205]. Comme l'exprime un juge fédéral :

> « Que le droit de notification consulaire soit un droit sans remedy est une notion incompatible avec la Convention […]. Notre droit de procédure pénal n'est pas programmatique. Quand un droit procédural est établi, il doit être respecté. Ainsi, les lectures alternatives qui cherchent à trouver le mécanisme de sanction […] n'ont pas de sens »[1206].

Plus symbolique encore est l'opinion dissidente du juge Breyer sous Sanchez-Llamas. Si Breyer est d'accord avec la majorité que la violation de la Convention de Vienne ne doit pas être sanctionnée par « *une règle d'exclusion automatique* », il prône l'exclusion de preuve dans le cas où celle-ci fournit le seul correctif efficace. Par ailleurs, il explique que les rédacteurs des traités « *sont conscients que les systèmes de justice pénale des différentes nations se distinguent entre eux. Ils n'énumèrent pas de correctif particulier* »[1207].

**479.** C'est dans cette dernière phrase que réside possiblement la critique majeure de la position de la Cour suprême. Au lieu d'enrichir le droit pénal interne par les conventions internationales, celles-ci ont été soumises aux exigences du premier. Les droits conventionnels s'américanisent beaucoup plus qu'ils internationalisent le droit pénal américain[1208]. Pour le juge pénal, les normes internationales n'ont rien de spécial, voire rien d'international. Le fait que ces droits s'appuient sur les volontés réunies d'une communauté d'États ne change rien à la donne.

## § 2. LES OBSTACLES PROCÉDURAUX À L'EXERCICE DU POUVOIR DU JUGE PÉNAL

**480.** Un droit individuel issu d'une convention internationale peut ne pas avoir une effectivité pénale malgré l'absence d'obstacles substantiels au pouvoir du juge pénal pour sanctionner sa violation. On serait alors en présence d'une convention constitutionnellement valide, consacrant des droits individuels mais pénalement ineffective devant les juridictions répressives pour des raisons qui ne sont pas intrinsèques à la qualité de la norme internationale. Parfois, l'obstacle procédural provient d'une déclaration, antérieure au procès, de la volonté de proscrire l'effectivité pénale des droits conventionnels (A). D'autres fois, il dépend du respect de certains moments opportuns durant le procès (B). Dans tous les cas et malgré leur extranéité, ces obstacles agissent sur la capacité de la norme internationale de droit individuel à produire des effets dans l'ordre pénal interne.

---

1205 Pour un échantillon de la jurisprudence fédérale, V. *United States v. Raven*, 103 F.Supp.2d 38 (D.Mass.2000) ; *United States v. Alvarado—Torres*, 45 F.Supp.2d 986 (S.D.Cal. 1999). Au niveau local, V. *Torres v. State*, 120 P.3d 1184 (Oklahoma 2005). La cour inférieure trouve que le préjudice justifie l'exclusion de preuve. La Cour des appels criminels accepte le principe, mais décide que du moment que la peine de mort a été écarté par la grâce du Gouverneur de l'État, l'exclusion est disproportionnée. V. également, *State v. Lopez*, 633 N.W.2d 774 (Iowa 2001).

1206 *United States v. Lombera-Camorlinga*, 206 F.3d 882 (9th Cir.2000) [Thomas, dissenting].

1207 *United States v. Sanchez-Llamas*, *op. cit.* [Breyer, dissenting].

1208 À comparer avec l'effet de la CESDH sur l'européanisation du droit pénal français à titre d'exemple.

### A. Les déclarations sénatoriales d'ineffectivité de la convention devant le juge pénal américain

**481.** On a évoqué précédemment le contexte politique dans lequel ont été ratifiés les instruments internationaux de droits de l'homme aux États-Unis[1209]. La crainte de l'influence du droit international sur l'identité juridique nationale était à l'origine d'un mécanisme de défense américain sans semblable. Suite à la recommandation du Président Carter, le Sénat décide d'émettre une *declaration of non self-execution*, ce qu'on traduit par déclaration d'ineffectivité, à l'occasion de la ratification de certaines conventions. Il s'agit d'une déclaration unilatérale de la part du Sénat pour neutraliser l'effectivité d'une convention et empêcher la justiciabilité des droits qu'elle confère aux individus devant les juridictions américaines[1210]. Elle affecte la capacité du juge pénal américain à prendre appui sur le droit conventionnel pour motiver sa décision, mais elle n'a pas de conséquences sur la « *force de loi* » de la convention.

**482.** Selon l'article 2 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, « *l'expression 'réserve' s'entend d'une déclaration unilatérale, quel que soit son libellé ou sa désignation, faite par un État quand il signe, ratifie, accepte ou approuve un traité ou y adhère, par laquelle il vise à exclure ou à modifier l'effet juridique de certaines dispositions du traité dans leur application à cet État* ». À première vue, cette définition correspond à la nature des déclarations d'ineffectivité. Cependant, une Cour d'appel fédérale fait la nuance : « *une vraie réserve […] est celle qui modifie l'effet du traité tel qu'il s'applique dans les relations de l'État avec les autres Parties au traité* »[1211]. La déclaration d'ineffectivité n'influence guère la validité et l'application des traités au niveau international. Cette pratique a été conçue pour limiter les effets des normes internationales dans le système national. Elle est généralement employée par le Sénat concernant les traités des droits de l'homme[1212], telles les déclarations émises à propos du Pacte international des droits civils et politiques (1992), de la Convention contre la torture (1984) ainsi que de la convention internationale contre l'élimination de la discrimination raciale (1994). La pénétration de ce genre de normes internationales en droit pénal est une évidence.

**483.** Les commentaires doctrinaux sur la validité des déclarations d'ineffectivité sont légion[1213]. Certains auteurs, comme Louis Henkin, y trouvent une pratique « *anticonstitutionnelle dans l'esprit et fortement problématique dans le droit* »[1214], elle serait ainsi « *fallacieuse* »[1215] au regard de la clause

---

1209 V. *supra* n° 191.

1210 Pour une définition proche, V. BRADLEY Curtis, *International law in the U.S. legal system*, *op. cit.*, p. 51.

1211 *Power Authority of New York v. Federal Power Commission*, 247 F.2d 538 (1957).

1212 HATHAWAY Oona, MCELROY Sabria, SOLOW Sara Aronchick, *op. cit.*, p. 97.

1213 Pas moins de quinze articles sur le sujet ont été recensés. Pour illustration, V. BRADLEY Curtis & GOLDSMITH Jack, « Treaties, Human Rights, and Conditional Consent », 149 *U. Pa. L. Rev.* 399 (2000); HALBERSTAM Malvina, « United States Ratification of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women », 31 *Geo. Wash. J. Int'l l. & Econ.* 49 (1997); QUIGLEY John, « The rule of non-inquiry and human rights treaties », 45 *Cath. U. L. Rev.* 1213 (1996).

1214 HENKIN Louis, *Foreign affairs and the United States Constitution*, 2e éd., Clarendon Press, New York, 1997, p. 202.

de suprématie. D'autres la défendent par le raisonnement aristotélicien selon lequel « *qui peut le plus* », voir le pouvoir de conclusion des traités, « *peut le moins* », voir limiter son effectivité en droit interne[1216].

**484.** Globalement, les cours fédérales semblent donner effet aux déclarations sénatoriales sans considération de leur validité. À la suite d'une affaire d'enlèvement transfrontalier d'Alvarez-Machain, précédemment étudié dans le cadre de l'extradition[1217], le condamné avait demandé des réparations au gouvernement américain. Il invoque l'article 9 du Pacte international des droits civils et politiques relatif au droit à la liberté et à l'interdiction de la détention arbitraire, sauf « *pour des motifs et conformément à la procédure prévus par la loi* ». Même s'il ne s'agit pas de la règle de décision, la Cour précise que la ratification de cet instrument international a été accompagnée d'une déclaration expresse en vertu de laquelle le Pacte « *était dépourvu d'effectivité et qu'il ne créait pas d'obligations applicables par les juridictions fédérales* »[1218]. La justiciabilité du droit consacré par la Convention contre la torture de ne pas être expulsé ou extradé vers un autre État « *où il y a des motifs sérieux de croire qu'elle risque d'être soumise à la torture* » (article 3) a fait l'objet d'un raisonnement équivalent. La Cour fédérale du District du Connecticut a jugé que la personne dont l'extradition est requise ne peut pas s'appuyer sur des traités auxquels sont rattachées des déclarations d'ineffectivité pour contester sa remise[1219].

**485.** Cependant, la validité de ces déclarations a été remise en cause devant le juge pénal local. Dans *State v. Tenace*, un condamné à mort pour meurtre et vol aggravés invoque le Pacte international des droits civils et politiques pour contester la peine capitale. Parmi les moyens, il avance que le Sénat ne possède pas le pouvoir constitutionnel pour dépouiller une convention internationale de son effectivité, question qui dépend de la compétence judiciaire. Ainsi, la déclaration sénatoriale rattachée à l'autorisation de ratification du Pacte serait inconstitutionnelle. La Cour d'appel de l'Ohio contourne la question de constitutionnalité en précisant que celle-ci n'a pas de pertinence du moment que le Pacte ne prohibe pas la peine de mort[1220]. Ainsi, cet arrêt conforte le point de vue selon lequel les effets d'une déclaration d'ineffectivité sont limités au niveau fédéral, un accusé devant une juridiction pénale locale pouvant invoquer un droit conventionnel pour écarter une législation étatique du moment que le traité conserve sa force de loi[1221].

---

1215 SLOSS David, « Non-self-executing treaties: exposing a constitutional fallacy », *op. cit.*, p. 35 et s.

1216 ROSENKRANZ Nicholas Quinn, « Executing the Treaty Power », 118 *Harv. L. Rev.* 1867, 1929 (2005).

1217 V. *supra* n° 440 et s.

1218 *Sosa v. Alvarez-Machain*, 542 U.S. 692 (2004). Le même argument a été utilisé par deux cours fédérales distinctes pour refuser la justiciabilité du droit consacré par la Convention contre la torture de ne pas être expulsé ou extradé vers un autre État « où il y a des motifs sérieux de croire qu'elle risque d'être soumise à la torture » (article 3) ; *Saint Fort v. Ashcroft*, 329 F.3d 191 (1st Cir. 2003) et *Wang v. Ashcroft*, 320 F.3d 130 (2d Cir. 2003).

1219 *In re extradition of Cheung*, 968 F. Supp. 791 (D. Conn. 1997).

1220 *State v. Tenace*, n° L-00-1002, 2003 WL 21500249 (Ohio App. June 30, 2003).

1221 SLOSS David, « Non-self-executing treaties: exposing a constitutional fallacy », *op. cit.*, p. 43.

**486.** Une dernière précision s'impose au regard de la jurisprudence post-*Medellin* et son exigence de la *Clear Statement Rule*, la référence explicite par le traité à l'intention des parties de conférer des droits aux individus[1222]. Il existe une pratique émergeante aux États-Unis qui, au lieu de dépouiller les droits conventionnels de leur effectivité, précise plutôt le contraire. Ainsi, le Sénat a inclus dans sa ratification d'une convention de taxation une déclaration affirmant « *qu'elle avait un effet direct, comme c'est généralement le cas pour les conventions d'impositions* »[1223]. Carlos Vasquez recense plus d'une dizaine de traités ratifiés avec des déclarations affirmatives d'effectivité, dont deux traités de coopération juridique et d'extradition avec l'Union européenne[1224].

**487.** Le développement des déclarations d'effectivité et d'ineffectivité rend obsolète la suprématie des traités consacrés par la Constitution. Le juge pénal américain n'a plus le dernier mot sur la qualité de la norme internationale à produire des effets dans l'ordre pénal interne, mais il doit s'incliner à la volonté du Sénat lors de la ratification. Dans l'application, les traités ne sont plus « *la loi suprême du pays* » tels que les lois fédérales. Ainsi, dans le contexte de défense, il ne suffit plus que la convention soit valide, qu'elle confère des droits aux individus mais il faut en amont que le juge pénal prend en compte les déclarations sénatoriales pour sanctionner la violation des droits conventionnels.

### B. La forclusion du moyen fondé sur le droit conventionnel

**488.** Le moyen nouveau invoqué pour la première fois est une question générale de procédure pénale qui n'intervient qu'en cassation devant la chambre criminelle ou devant les cours fédérales américaines lorsqu'elles contrôlent les décisions étatiques. Pour que le juge pénal puisse exercer son pouvoir de sanction de la violation des droits individuels, la convention internationale doit être invoquée à un moment convenable du procès pénal. Une fois fermée la fenêtre, la justiciabilité du droit conventionnel n'est plus possible en raison du caractère stricte de la procédure pénale. Encore une fois, la structure politique semble jouer un rôle important dans les caractéristiques du droit pénal national selon qu'on est en présence d'un seul (1) ou plusieurs ordres publics (2).

#### 1. Le moyen de pur droit en Égypte et en France : l'intronisation de l'ordre public

**489.** Pour pouvoir être soulevé pour la première fois devant les juridictions suprêmes, un moyen tiré de la violation d'un droit conventionnel doit revêtir une qualité de « *pureté juridique* » à

1222 V. *supra* n° 412.

1223 HATHAWAY Oona, MCELROY Sabria, SOLOW Sara Aronchick, *op. cit.*, p. 96, note 284.

1224 VASQUEZ Carlos, « Treaties as law of the land: the supremacy clause and the judicial enforcement of treaties », *op. cit.*, p. 669.

défaut de laquelle il sera refusé par le juge pénal pour forclusion. Ainsi, il est opportun de développer cette sanction procédurale de manière générale dans un premier temps (a), avant de l'appliquer au sujet des conventions internationales dans un second temps (b).

### *a. La forclusion du moyen développée*

**490.** Est considéré comme nouveau le moyen qui est soulevé pour la première fois devant une juridiction supérieure. Ainsi, un moyen est nouveau si l'intéressé ne l'a pas inclus dans le mémoire de son pourvoi[1225] ou s'il invoque dans ce dernier un argument qui n'a pas été présenté devant les juges du fond[1226].

**491.** En droit français, le Code de procédure pénal énonce un nombre de moyens dont l'invocation n'est utile que dans une phase antérieure de la procédure[1227]. Par ailleurs, les règles de forclusion sont complétées par la jurisprudence de la chambre criminelle[1228]. Alors qu'en droit égyptien, c'est la loi n° 57 de 1959 relative aux instances et aux procédures de pourvoi devant la Cour de cassation qui pose le principe. Dans son deuxième titre intitulé « *le pourvoi en matière pénale* », la loi précise que les nouveaux moyens sont irrecevables (article 35), ce qui est une application de l'effet dévolutif du pourvoi en cassation. La chambre criminelle a démontré les applications de cette règle à maintes reprises[1229], surtout pour la contestation des procédures antérieures au procès[1230]. Dans le droit des deux États, les moyens mélangés de fait et de droit sont irrecevables.

**492.** Par dérogation au principe, les deux chambres criminelles françaises et égyptiennes admettent le moyen de « *pur droit* » lorsqu'il est soulevé en cassation pour la première fois. En doctrine, le moyen est ainsi qualifié « *d'ordre public* ». Il est défini comme un moyen « *tiré de la violation d'une règle de droit mettant en jeu les intérêts de la société* »[1231]. Bernard Bouloc relève dans le cas français les moyens tirés de l'incompétence, de la prescription de l'action publique et de l'autorité de la

---

1225 Article 590 du CPP.

1226 SALAMA Mamoun, *Qanoun al-ijra'at al-jina'iya mo'alaqan 'aleh bel-fiqh wa-ahkam al-naqd (Code de procédure pénale égyptienne commenté par la doctrine et la jurisprudence)*, Dar al-fikr al-arabi, Le Caire, 1980, p. 1428. PRADEL Jean, *Procédure pénale*, 19e éd., Cujas, 2017, p. 989. L'ancienne chambre de requêtes de la Cour de cassation française expliquait cette règle générale comme suit : « La Cour de cassation est instituée seulement pour apprécier sous le rapport du droit les arrêts ou jugements rendus en dernier ressort par les cours et les tribunaux ; qu'on ne peut donc, devant elle, présenter des moyens nouveaux, mais seulement apprécier la solution légale qui a été donnée aux moyens débattus devant les premiers juges » ; Chambre des requêtes, 23 novembre, 23 novembre 1852, *D.*1852.1.324, cité par VOULET Jacques, « L'irrecevabilité des moyens nouveaux devant la Cour de cassation en matière civile », *JCP* 1973, 1, n° 2544.

1227 Articles 385 et 599 du CPP ; PRADEL Jean, *Procédure pénale*, *op. cit.*, p. 989.

1228 Pour les différentes catégories de la nouveauté du moyen de cassation pour lesquelles la chambre criminelle a consacré des règles claires, V. RASSAT Michèle-Laure, *Procédure pénale*, 2e éd., Ellipses, 2013, p. 724.

1229 V. à titre d'exemple, Cass. Crim. (Egy), 18 octobre 1992, Req. n° 589, année judiciaire 61, consulté sur : *cc.gov.eg*.

1230 SALAMA Mamoun, *op. cit.*, p. 1430.

1231 BORÉ Jacques et BORÉ Louis, *La cassation en matière pénale*, 3e éd., Dalloz Action, 2011, p. 355, n° 112.71.

chose jugée, entre autres[1232]. Sur la même ligne, la chambre criminelle de la Cour de cassation égyptienne admet la nouveauté d'un moyen d'ordre public, comme pour les règles de prescription de l'action pénale[1233]et les délais d'appel[1234]. Dans ses cas, le moyen peut être invoqué par la partie intéressée comme il peut être soulevé d'office par le juge.

Néanmoins, le moyen d'ordre public doit être fondé sur des faits qui ont été soulevés devant les juges du fond, puisque la compétence de la Cour de cassation est limitée aux questions de droit[1235]. Ainsi, il faut que la Chambre criminelle « *trouve dans les constatations des juges du fond les éléments nécessaires pour en apprécier la valeur. Qu'à défaut de telles constatations, le moyen mélangé de fait est nouveau et, comme tel, irrecevable* »[1236].

### *b. La forclusion appliquée au moyen tiré d'un droit conventionnel*

**493. Délimitation.** L'hypothèse générale est posée par Madame Aubert de la manière suivante : « *le droit international n'a été soulevé ni devant ni par les juges du fond. C'est le pourvoi qui l'invoque pour la première fois et demande à censurer sur ce fondement l'arrêt d'appel* »[1237]. Or, pour bien clarifier notre propos, il faut délimiter cette hypothèse.

Ne sont pas concernés par notre propre hypothèse tous les moyens tirés d'une convention internationale. À notre sens, l'invocation de normes pénales conventionnelles, qu'elles soient formelles ou substantielles, est même soulevé d'office[1238]. Comme l'a exprimé l'avocat général dans l'affaire Erika, quand la question soulevée est « *relative à l'existence de dispositions pénales applicables aux faits reprochés et à la compétence du juge français, aucun obstacle n'empêche son soutien pour la première fois devant la Cour de cassation, ni même son examen d'office par la Chambre criminelle* »[1239].

L'hypothèse spécifique qui nous intéresse est celle des moyens fondés sur un droit individuel consacré par une convention. C'est dans ce contexte de défense que se pose toute la question de la justiciabilité du droit conventionnel au regard des règles pénales de forclusion.

**494. La position de la jurisprudence française : la forclusion du moyen tiré d'une convention.** Concernant cette dernière hypothèse, les arrêts de la Cour de cassation française

---

1232 BOULOC Bernard, *Procédure pénale*, 26e éd., Dalloz, 2018, p. 1081-1082.

1233 Cass. Crim. (Egy), 20 avril 1989, Req. n° 782, année judiciaire 58, consulté sur : *cc.gov.eg*.

1234 Cass. Crim. (Egy), 3 décembre 1978, Req. n° 1263, année judiciaire 48, consulté sur : *cc.gov.eg*

1235 SALAMA Mamoun, *op. cit.*, p. 1431.

1236 Cass. Crim., 16 juin 1999, *B. crim.* n° 137, p. 373. Pour le droit égyptien, V. Cass. Crim. (Egy), 21 juillet 1999, Req. n° 48101, année judiciaire 59, consulté sur : *cc.gov.eg*.

1237 AUBERT Bernadette, *op. cit.*, p. 125.

1238 V. en ce sens les arrêts de la Cour de cassation dans lesquels elle soulève d'office des normes internationales procédurales : Cass. Crim., 7 avril 1987, *B. crim.* n° 160, p. 435 ; Cass. Crim., 10 mai 1977, *B. crim.* n° 165, p. 411 ; Cass. Crim., 9 janvier 1975, *B. crim.* n° 11, p. 32.

1239 BOCCON-GIBOD Didier, « Avis de l'avocat général à propos de l'affaire de l'*Erika* », Ch. Crim., 3e section, audience du 24 mai 2012, p. 54 ; cité par FORTAS Anne-Catherine, *op. cit.*, p. 27 ; consulté sur : *paysdelaloire.fr*.

en matière pénale élisent de ne pas recevoir le moyen nouveau. Ainsi, dans une affaire de fraude fiscale, la défense invoque la Convention du 1er avril 1958 entre la France et le Luxembourg tendant à éviter les doubles impositions. Dans son article 6, le traité prévoit des exonérations d'impôts pour certains bénéfices. La chambre criminelle écarte succinctement le moyen « *nouveau et mélangé de fait* »[1240]. En outre, l'argument tiré de la violation de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant est balayé de manière identique dans une affaire de non-représentation d'enfant dès lors qu'il résulte d'aucune mention que le prévenu ne l'ait invoqué devant la Cour d'appel[1241]. Cette dernière convention connaît le même sort devant les juridictions administratives, « *le moyen tiré de la méconnaissance des stipulations de l'article 3-1 de la convention de New York […] n'est pas d'ordre public* »[1242].

**495.** Les deux Pactes jumeaux relatifs aux droits de l'homme ont également été adressés par la Chambre criminelle. Un individu a porté plainte et s'est constitué partie civile du chef de diffamation publique envers un particulier à la suite de la diffusion en direct, par une chaîne de télévision, des dépositions faites sous serment devant la commission d'enquête parlementaire sur l'influence des sectes. La Cour d'appel acquitte les accusés par motif que les propos incriminés sont couverts par l'immunité instituée par la loi du 14 novembre 2008 relative au statut des témoins devant les commissions d'enquête parlementaire. Pour la Cour, ces dispositions nouvelles plus douces s'appliquent directement et elles suppriment l'incrimination visée par la poursuite. Déboutée de ses demandes, la partie civile se pourvoit en cassation sur la base, entre autres, de la méconnaissance de l'article 17 du Pacte relatif aux droits civils et politiques, interdisant les atteintes illégales à l'honneur de l'individu et à sa réputation. La chambre criminelle qualifie l'invocation du droit conventionnel pour la première fois comme un moyen nouveau et, par conséquent, irrecevable[1243].

**496.** Dans une autre affaire, l'article 14-3-c du même pacte, garantissant le droit « *à être jugé sans retard excessif* », a été mis en jeu pour contester une condamnation pour agressions sexuelles aggravées. La chambre criminelle a pareillement écarté le moyen en raison qu'il est nouveau et

---

1240 Cass. Crim., 26 octobre 2016, n° 15-82742, Inédit, consulté sur : *legifrance.gouv.fr*.

1241 Parmi les droits conventionnels invoqués figurent : l'intérêt supérieur de l'enfant (art. 3-1), le droit de l'enfant de préserver son identité (art. 8-1), le droit des parties intéressées de participer aux délibérations et de faire connaître leurs vues (art. 9-2), le droit de l'enfant d'entretenir des relations personnelles avec ses parents (art. 9-3) et le droit de l'enfant d'exprimer librement son opinion et d'être entendu (art. 12). V. Cass. Crim., 20 novembre 1991, n° 90-87713, Inédit, consulté sur : *legifrance.gouv.fr*.

1242 La Cour administrative d'appel de Lyon reproche à la juridiction inférieure d'avoir soulevé ce moyen d'office pour annuler la décision du Conseil municipal de Chalon-sur-Saône selon laquelle « un seul type de repas sera proposé à l'ensemble des enfants inscrits au restaurant scolaire ». Cela étant, la Cour d'appel rétablit le « menu de substitution » parce que la décision municipale ne peut se fonder en droit sur les seuls principes de laïcité et de neutralité. V. Cour administrative d'appel de Lyon, 23 octobre 2018, *AJDA* n° 2, 2019, p. 117, note BONNET.

1243 Cass. Crim., 8 juin 2010, *B. crim.* n° 104. V. dans le même sens concernant ledit Pacte, Cass. Crim., 5 mai 2015, n° 14-88157, Inédit, consulté sur : *legifrance.gouv.fr*. Cf. Cass. Soc., 16 décembre 2008, *Droit social* 2009, p. 236, obs. MOULY. Dans ce dernier arrêt, la chambre sociale se fonde sur « le moyen de pur droit, relevé d'office », tiré de l'article 6-1 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels.

mélangé de fait[1244]. Par ailleurs, l'article 6 du Pacte relatif aux droits économiques, sociaux et culturels a connu le même sort, une fois invoqué pour dénoncer « *le caractère disproportionné de l'atteinte spécifique portée à la liberté des intéressés d'entreprendre et de travailler par la mesure d'interdiction de gérer* »[1245].

**497. Un arrêt exceptionnel.** Une seule exception de recevabilité d'un moyen tiré de la violation des Pactes a été relevée par Madame Aubert[1246]. Malgré le fait que « *les prévenus excipent, pour la première fois devant la Cour de Cassation* »[1247], de l'incompatibilité de la loi relative à l'interruption volontaire de grossesse avec le droit à la vie protégé par l'article 6 du Pacte relatif aux droits civils et politiques, la chambre criminelle répond au moyen en réfutant l'antagonisme entre les deux textes[1248]. Sans aucune justification de la décision de recevabilité, on ne peut pas en déduire une certaine innovation en la matière, ce qui revient à considérer que la chambre criminelle a implicitement considéré que le moyen était de pur droit et ne dépassait pas le cadre des énonciations des juges du fond[1249].

**498. La jurisprudence égyptienne.** Face à cette abondance de réaction judiciaire française, aucun arrêt pénal de la Cour de cassation égyptienne n'a évoqué - à notre connaissance - la question du moyen tiré d'un droit conventionnel invoqué pour la première fois. La Chambre civile semble être la seule à avoir confronté cette hypothèse. Lorsque le moyen tiré d'un droit conventionnel fut invoqué pour la première fois devant la chambre, celle-ci considère qu'il s'agit d'un moyen de droit dont l'origine est une convention internationale[1250] et dont les éléments de fait ont été déjà présentés à la Cour d'appel. Le moyen est accueilli et la décision de la cour inférieure est cassée[1251].

**499.** Pour que le juge pénal de cassation exerce son pouvoir de sanction de la violation d'un droit conventionnel, le moyen doit être invoqué dans un moment opportun de la procédure. Une

---

1244 Cass. Crim., 12 décembre 2001, n° 01-83154, Inédit, consulté sur : *legifrance.gouv.fr.*

1245 Cass. Crim., 17 janvier 2018, n° 17-80152, Inédit, consulté sur : *legifrance.gouv.fr*; *RTD com.* 2018, p. 236, note BOULOC.

1246 AUBERT Bernadette, *op. cit.*, p. 133-134.

1247 Cass. Crim., 27 novembre 1996, *B. crim.* n° 431, p. 1245.

1248 *Ibid.* Il serait intéressant de comparer cette position de la Cour de cassation avec celle du Conseil d'État pour lequel « le moyen tiré de l'incompatibilité des dispositions législatives et réglementaires nationales avec les stipulations des conventions internationales ratifiées par la France, […], n'est pas d'ordre public » ; CE, 16 juin 2010, req. n° 329983, *RFDA* 2010, p. 830, obs. SANTULLI. Reste à préciser que la disposition conventionnelle invoquée pour la première fois était l'article 14 de la CEDH interdisant la discrimination dans la jouissance des droits et libertés reconnus par la Convention.

1249 Professeur Bernadette Aubert regrette ce manquement par la chambre criminelle qui « aurait pourtant pu profiter de l'occasion pour définir plus précisément les circonstances dans lesquelles elle accepte le moyen nouveau » ; AUBERT Bernadette, *op. cit.*, p. 134.

1250 Il s'agit de la Convention douanière relative à l'importation temporaire des véhicules routiers privés, conclue à New York le 4 juin 1954.

1251 Cass. Civ. (Egy), 22 décembre 1980, Req. n° 66, année judiciaire 48, consulté sur : *cc.gov.eg*.

fois passée cette fenêtre, le droit conventionnel n'est plus justiciable. Il est privé de son effectivité pénale dans ce cas déterminé.

## 2. La carence procédurale aux États-Unis : l'équilibre entre plusieurs ordres publics

**500.** La centralité de la doctrine du « *procedural default* », traduite par carence procédurale[1252], dans le fonctionnement du système américain de justice pénale, est évidente au regard que la majorité des actions pénales se déroulent devant les tribunaux des États fédérés[1253].

Globalement, une cour fédérale ne peut pas accorder un *writ of habeas corpus* à une personne poursuivie devant les juridictions étatiques si celle-ci n'a pas épuisé les moyens de recours au niveau local[1254]. Le raisonnement derrière cette règle est de « *donner à l'État [fédéré] la possibilité de […] corriger les violations présumées des droits fédéraux* »[1255]. Par droit fédéral, on comprend un droit qui trouve sa source dans la Constitution fédérale, une loi fédérale ou une convention internationale. Par application de ce principe général, tout moyen tiré de la violation d'un droit fédéral n'ayant pas respecté les règles de forclusion locales ne peut pas être présenté pour la première fois devant les juridictions fédérales[1256]. Une fois dépassé le moment opportun dans le procès local, le moyen fondé sur une violation de droit de défense est refusé par le juge pénal fédéral par souci de respect du fédéralisme et de la bonne administration de la justice pénale[1257].

**501.** Néanmoins, il existe deux exceptions à cette règle, bien détaillées dans l'arrêt *Putman v. Turpin*[1258]. Le premier critère est celui du *cause and prejudice*. La personne poursuivie doit démontrer qu'un facteur objectif externe a empêché l'avocat de se conformer à la règle de procédure comme l'interférence gouvernementale ou l'indisponibilité du fondement factuel du moyen. Cumulativement, la personne doit prouver que cette « *cause* » lui a entraîné un préjudice substantiel et imminent, « *infectant tout son procès d'erreur de dimension constitutionnelle* »[1259]. La deuxième exception aux règles de forclusion devant les cours fédérales est celle d'un déni

---

1252 PEYRO LLOPIS Ana, « La place du droit international dans la jurisprudence récente de la Cour suprême des États-Unis », *RGDIP* 2005, p. 616 ; TAXIL Bérangère, *op. cit.*, p. 158 ; GAUTIER Philippe, « Applicabilité directe et droit de la mer », *in* CASADO RAIGON Rafael et CATALDI Giuseppe, *L'évolution et l'état actuel du droit international de la mer : mélanges de droit de la mer offerts à Daniel Vignes*, Bruylant, Bruxelles, 2009, p. 380.

1253 ROGOFF Martin, « Application of treaties and the decisions of international tribunals in the United States and France: reflections on recent practice », *op. cit.*, p. 424.

1254 *Putman v. Turpin*, 53 F. Supp. 2d 1285 (M.D.Ga. 1999).

1255 *Picard v. Connor*, 404 U.S. 270 (1971), confirmé dans *Duncan v. Henry*, 513 U.S. 364 (1995).

1256 *Engle v. Isaac*, 546 U.S. 107 (1982).

1257 *Francis v. Henderson*, 425 U.S. 536 (1976). V. dans ce sens, METZCAR Jeffrey, « Raising the defense of procedural default *sua sponte*: who will enforce the great wit of liberty », 50 *Cas. W. Res. L. Rev.* 869 (2000).

1258 *Putman v. Turpin*, 53 F. Supp. 2d 1285 (M.D.Ga. 1999).

1259 *United States v. Frady*, 456 U.S. 152 (1982).

fondamental de la justice, à savoir le cas dans lequel la violation constitutionnelle aboutit à la condamnation d'une personne qui est effectivement innocente[1260]. La règle de carence procédurale et ses exceptions résolvent ainsi le conflit entre deux intérêts généraux fondamentaux : « *fournir un forum pour la protection des droits constitutionnels et renforcer l'intégrité procédurale du système de justice criminelle des États* »[1261].

**502.** Les droits de la défense tirés des conventions internationales sont des droits fédéraux. Par conséquent, le pouvoir du juge pénal fédéral de sanctionner la violation de ces droits est limité par la doctrine de « *carence procédurale* ». Notre démonstration de l'application de cette règle provient encore une fois de la Convention de Vienne sur les relations consulaires et le fameux article 36 sur le droit de notification consulaires. En premier lieu, les cours fédérales inférieures amorcent la tendance, refusant la demande de libération pour violation du droit conventionnel sur le fondement de la carence procédurale[1262]. Ensuite, dans trois arrêts distincts, la Cour suprême fédérale vient consacrer cette tendance par des motifs assertifs[1263]. Si la défense argue de la suprématie des traités pour contourner la règle de carence procédurale, les juges ne sont pas convaincus.

**503.** D'un côté, un motif de droit international est présenté. L'application d'une convention internationale doit être conforme aux règles de procédure internes. Dans *Breard v. Green*, la Cour suprême précise que cette règle est incarnée dans le corps même de l'article 36 de la Convention de Vienne stipulant que l'exercice des droits se fait « *dans le cadre des lois et règlements de l'État de résidence* ». Ainsi, « *la règle dans ce pays est que les assertions d'erreur de procédure pénale doivent être invoquées devant le tribunal étatique en premier lieu* »[1264]. Faute de quoi, la sanction est la forclusion du moyen devant la Cour fédérale.

Par ailleurs, même si la suprématie des conventions internationales est reconnue par la Constitution, les droits qu'elles consacrent sont comparables aux droits constitutionnels, « *auxquelles s'appliquent les règles de carence procédurale* »[1265]. La Cour explique que le Congrès a promulgué *The Antiterrorism and Effective Death Penalty Act* après la ratification de la Convention de Vienne. Cette loi fédérale précise qu'un requérant de *habeas corpus*, détenu en violation « *des*

---

1260 *Coleman v. Thompson*, 501 U.S. 722 (1991).

1261 DEST Stephanie, « Federal habeas corpus and State procedural default: an abstention-based interest analysis », 56 *U. Chi. L. Rev.* 263, 264 (1989).

1262 *Murphy v. Netherland*, 116 F.3d 97 (4th Cir. 1997): « Even were the district court's denial of habeas relief appealable, we would find Murphy's Vienna Convention claim to be procedurally barred because he did not raise it in state court and he cannot show cause and prejudice for his default ». V. également, *Breard v. Pruett*, 134 F.3d 615 (4th Cir. 1998).

1263 Des auteurs discutent du « triomphe de l'approche dualiste dans la jurisprudence de la Cour suprême » ; PEYRO LLOPIS Ana, *op. cit.*, p. 615-616.

1264 *Breard v. Green*, 523 U.S. 371 (1998). Pour une analyse détaillée, V. SASTRE Michel, « La conception américaine de la garantie judiciaire de la supériorité des traités sur les lois (à propos de la décision *Breard v. Greene* de la Cour suprême des États-Unis du 14 avril 1998) », *RGDIP* 1999, p. 147-168.

1265 *Ibid.*

*traités des États-Unis* », doit développer les fondements factuels de cette violation devant le tribunal local avant de voir sa requête acceptée par une Cour fédérale[1266]. Par conséquent, les droits conventionnels ne sont plus justiciables devant le juge pénal fédéral.

**504.** Un dernier argument provient de l'exceptionnalisme du droit pénal américain. La Cour internationale de justice a soutenu que les règles de carence procédurale ne doivent pas empêcher la sanction des violations de l'article 36 de la Convention de Vienne[1267]. « *En appliquant des règles de leur droit interne, les États-Unis ont violé l'obligation juridique internationale […] de permettre la pleine réalisation des fins pour lesquelles sont prévus les droits énoncés à l'article 36* »[1268], obligation consacrée dans le corps même dudit article. Dans *Sanchez-Llamas*, la Cour suprême considère que ce raisonnement néglige l'importance des règles de carence pour un système de justice accusatoire « *qui repose principalement sur les parties pour soulever des questions importantes et les présenter aux tribunaux de la manière appropriée au moment opportun* »[1269]. Poussant plus loin la spécificité du système accusatoire, la Cour effectue une comparaison avec la procédure inquisitoire dans laquelle « *le défaut d'invoquer un vice procédural peut en partie être attribué au magistrat et donc à l'État lui-même. Toutefois, dans notre système, la responsabilité de soulever le moyen incombe généralement aux parties* »[1270]. Pour un commentateur français, la question du *procedural default* démontre la difficulté de l'application des conventions internationales devant les tribunaux américains pour raison que « *le respect des obligations contenues dans des traités est parfois soumis aux aléas de la politique intérieure des États-Unis* »[1271]. À notre avis, le problème ne réside pas dans les aléas, mais dans l'assimilation faite dans l'application entre droit interne et conventions internationales.

**505.** La doctrine fait appel aux juridictions fédérales d'abandonner la rigueur dans l'application de la règle de forclusion et à effectuer un test de pondération entre la violation du droit conventionnel et les intérêts de l'intégrité du système procédural étatique[1272]. Une cour fédérale d'appel a même effectué une révolution silencieuse quelques mois après *Medellin*. Dans *Osagiede v. United States*[1273], un accusé, dont l'avocat n'a pas invoqué la violation de l'article 36 de la Convention de Vienne, a sollicité que la décision inférieure soit infirmée sur le

---

1266 *Ibid.*

1267 Pour une analyse doctrinale des arrêts de la CIJ en la matière, V. Terminologie empruntée à WINER Anthony, *op. cit.*, p. 25 et s.

1268 *LaGrand (Allemagne c. États-Unis d'Amérique)*, 27 juin 2001, arrêt, *CIJ Recueil 2001*, p. 466. Dans un autre arrêt, la CIJ précise que cette règle procédurale empêche les tribunaux d'attacher « une portée juridique » à la violation des droits de l'article 36 ; *Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt, *CIJ Recueil* 2004, p. 12.

1269 *Sanchez-Llamas v. Oregon*, 548 U.S. 331 (2006).

1270 *Ibid.*

1271 SASTRE Michel, *op. cit.*, p. 168.

1272 HALLERMAN Mary, « Medellin V. Texas: The treaties that bind », 43 *U. Rich. L. Rev.* 797, 820 (2009).

1273 *Osagiede v. United States*, 543 F.3d 399 (7th Cir. 2008).

fondement de son droit constitutionnel à « *l'assistance efficace d'un avocat* »[1274]. La Cour accepte cet argument et elle contourne par-là les limitations du *procedural default*.

1274 Consacré au sixième amendement: « In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury of the State and district wherein the crime shall have been committed, which district shall have been previously ascertained by law, and to be informed of the nature and cause of the accusation; to be confronted with the witnesses against him; to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor, and to have the Assistance of Counsel for his defense ».

## CONCLUSION DU CHAPITRE II

**506.** Les normes conventionnelles protectrices de droits doivent répondre à l'exigence classique de subjectivité, c'est-à-dire s'adresser aux individus comme sujets et ne pas se limiter à créer des obligations à la charge des États parties. Cette condition, posée par la Cour permanente de justice internationale, constitue traditionnellement un deuxième volet des conditions d'application des conventions internationales, différent de l'exigence de complétude. Le terme de « *justiciabilité* » nous a paru adapté pour appréhender cette notion.

**507.** En droit pénal, ces normes constituent généralement des garanties procédurales ou des restrictions au droit de punir qui peuvent être invoquées dans le cadre d'une poursuite pénale. Ainsi, un droit conventionnel est justiciable dans le cas où l'individu est son destinataire. L'analyse a pu montrer l'intérêt que le juge pénal américain et français porte pour cette condition, en contraste avec la position des juridictions répressives égyptiennes qui sont marquées par une absence de recherche de cette subjectivité. Quand cette condition est recherchée, le juge pénal s'assure que la volonté des États parties est de conférer des droits subjectifs aux individus en étudiant le texte de la convention ou le contexte de sa conclusion. Dans la pratique des juridictions comparées, cet exercice a été relevé dans le cadre de l'entraide pénal, du droit international humanitaire ainsi que celui des droits de l'homme.

**508.** Selon les juridictions comparées, la condition de justiciabilité fait l'objet d'assouplissement ou de rigueur. Du côté de la jurisprudence pénale française, il semble que l'effectivité pénale de certains droits conventionnels est acceptée mécaniquement, surtout par rapport aux deux Pactes internationaux relatifs aux droits de l'homme. De surcroît, le juge pénal français rattache désormais moins d'importance à la rédaction du texte du traité comme indice de la volonté de s'adresser aux individus comme destinataires. En revanche, le juge pénal américain prône un certain unilatéralisme dans son approche, potentiellement engendré par un unilatéralisme politique au niveau des relations internationales. Dans certains cas, c'est la volonté unique des États-Unis qui compte dans la détermination l'existence du droit subjectif, nonobstant la volonté commune des États parties à la convention en question.

**509.** Mais la condition de justiciabilité doit surtout faire l'objet d'une reconstruction en se positionnant du côté du juge pénal lui-même, allant ainsi au-delà de la question du destinataire de la norme. Il faut prendre en compte la capacité du juge pénal de prendre appui sur la stipulation de tels droits afin de motiver le dispositif de sa décision. La justiciabilité, analysée du côté du juge pénal, est le reflet de la tradition juridique dans laquelle le juge exerce son travail.

**510.** Des obstacles dans le système national peuvent empêcher le juge pénal de sanctionner la violation d'un droit conventionnel malgré le fait que celui-ci s'adresse aux particuliers. En droit américain, les obstacles à la justiciabilité des droits conventionnels sont parfois de l'ordre juridique. La question du *remedy* (correctif pénal) et l'exigence de sa consécration explicite dans le texte du traité constituent l'illustration la plus importante. Un obstacle politique est représenté par les déclarations d'ineffectivité du Sénat dont l'objet est d'empêcher le juge pénal

de s'appuyer sur un droit conventionnel, normalement justiciable selon la conception classique. Finalement, pour que le juge pénal de droit puisse exercer son pouvoir de sanction de la violation des droits individuels, la convention internationale doit être invoquée à un moment convenable du procès pénal. Dans l'ensemble des droits comparés, une contrainte procédurale est posée par la forclusion du moyen nouveau tiré d'un droit conventionnel.

## CONCLUSION DU TITRE II

**511.** L'inculturation du concept de « *l'effet direct* » ou de « *l'applicabilité directe* » au sein du droit pénal a nécessité une construction de la nouvelle notion de « *l'effectivité pénale* ». Cette notion est définie comme « *la capacité de la norme à engendrer des effets dans l'ordre pénal interne* ». Le potentiel pénal de la norme internationale dépend de sa nature. Deux catégories de normes internationales pénètrent l'ordre interne : des normes pénales classiques et des normes protectrices de droits subjectifs. Cette différence de nature normative induit une distinction au niveau des critères exigés dans l'espace pénal national.

**512.** D'un côté, les normes pénales conventionnelles, de nature et de source, doivent répondre aux exigences du principe de légalité. Ainsi, pour qu'une convention puisse créer une infraction dans l'ordre interne, ses normes doivent être pénalement complètes, réunissant « *incrimination* » et « *sanction* » comme deux éléments constitutifs. Le rattachement des différents États à leur souveraineté et la diversité de leurs systèmes répressifs expliquent la rareté des infractions complètes de source internationale. Par conséquent, le législateur national intervient pour compléter les lacunes caractéristiques des traités en conjuguant l'obligation internationale de punir à d'autres éléments de droit pénal interne, à savoir la sanction. De même, les normes pénales conventionnelles doivent respecter une certaine qualité matérielle exigée par le principe de légalité. Le droit pénal met en jeu la protection des libertés individuelles. Qu'elle soit substantielle ou formelle, la norme pénale conventionnelle doit être précise, donc accessible et prévisible.

**513.** D'un autre côté, les normes internationales protectrices de droits doivent répondre à l'exigence classique de subjectivité, c'est-à-dire s'adresser aux individus comme sujets et ne pas se limiter à créer des obligations à la charge des États parties. Ces normes constituent généralement des garanties procédurales ou des restrictions au droit de punir qui peuvent être invoquées dans le cadre d'une poursuite pénale. Selon les juridictions comparées, cette condition fait l'objet d'assouplissement ou de rigueur, mais elle doit surtout faire l'objet d'une reconstruction. Les spécificités du droit pénal américain conduisent à repenser la justiciabilité des droits conventionnels au-delà de la question du destinataire de la norme. Il faut également prendre en compte la capacité du juge pénal de prendre appui sur la stipulation de tels droits afin de motiver le dispositif de sa décision. Des obstacles peuvent empêcher le juge pénal de sanctionner la violation d'un droit conventionnel malgré le fait que celui-ci s'adresse aux particuliers. Ces obstacles sont de l'ordre juridique (correctif pénal), politique (déclarations d'ineffectivité) ou procédural (forclusion).

# CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE

Telles les représentations du livre des morts des Anciens Égyptiens, les conditions d'application des conventions internationales constituent les portes que la convention internationale doit franchir avant d'arriver à l'étape de jugement et, éventuellement, sortir au jour de l'application.

**514.** La validité constitue la première porte, gardée par la Constitution, que la convention internationale franchit avant de produire ses effets dans l'espace pénal interne. La validité constitue alors analyse du traité à la lumière d'une référence externe. Du moment que la convention passe cette porte avec succès, elle devient une source de droit pénal pour les juridictions répressives nationales. La validité se déplie en deux aspects formel et substantiel.

La ratification et la publication sont les deux conditions de validité formelle posées par les constitutions comparées. En ce qui concerne la ratification, l'absence de distinction selon l'importance des traités, en droit américain, fait que le juge pénal se contente de vérifier l'existence matérielle de la procédure de ratification. Cependant, cette distinction procédurale figure dans les constitutions égyptiennes et françaises qui nécessitent des majorités qualifiées pour certains traités importants. L'analyse a démontré que le contrôle de ratification n'a pas de spécificité en droit pénal. En réalité, les Chambres criminelles égyptienne et française sont appelées à gagner de l'audace et suivre l'exemple des autres formations de la Cour de cassation, ainsi que celui des juridictions administratives, dans un exercice plus poussé et plus dynamique du contrôle de ratification.

La publication, condition finale de la transformation de la convention internationale en source de droit pénal, mérite d'être nuancée par rapport aux autres branches de droit. La jurisprudence française compte l'entrée en vigueur de la convention, non pas à partir de la date de la publication, mais à partir de la date internationale d'entrée en vigueur. À la lumière du principe de légalité, cette rétroactivité ne peut pas être acceptée. Ces enjeux ont été rappelés par le Conseil constitutionnel en France. Reste à noter l'absence de l'exigence de publication en droit américain.

En ce qui concerne le contrôle de la validité substantielle des conventions internationales, il est remarquable que, dans les systèmes comparés, la conception du principe de la séparation des pouvoirs, ainsi que celle du rôle du juge pénal, ait produit des solutions différentes en la matière. Le juge pénal américain, gardien de la Constitution fédérale, a naturellement étendu son contrôle au domaine de la conformité des traités par rapport aux dispositions substantielles de la Constitution. En revanche, les juridictions répressives égyptiennes et françaises sont appelées à proclamer un contrôle d'exclusion de la convention internationale contraire à la Constitution pour des raisons tenant compte de leur rôle de gardiens de la liberté individuelles et des enjeux de sécurité juridique.

**515.** La prise en compte des spécificités du droit pénal national dans la synthèse des conditions d'application des conventions internationales a nécessité une construction de la notion de

« *l'effectivité pénale* ». Il s'agit de la deuxième porte, gardée par les principes de droit pénal, que la norme internationale franchit avant d'arriver à sa destination finale. L'effectivité pénale est définie comme la capacité intrinsèque de la norme internationale à produire des effets dans l'espace pénal interne. La construction de cette notion a imposé un travail de recensement les différentes normes internationales, de source conventionnelle, auxquelles est confronté le juge pénal national. Le principe de légalité étant le vecteur fondamental de cette inculturation, les normes pénales classiques de source conventionnelle sont conditionnées par les exigences de ce principe. Ainsi, les normes internationales créatrices d'infraction doivent être complètes, réunissant « *incrimination* » et « *sanction* » comme éléments constitutifs. De même, les normes pénales conventionnelles doivent respecter une certaine qualité matérielle exigée par le principe de légalité. Le droit pénal met en jeu la protection des libertés individuelles. Qu'elle soit substantielle ou formelle, la norme pénale conventionnelle doit être précise, donc accessible et prévisible.

Outre les normes pénales classiques, des dispositions conventionnelles consacrant des droits individuels pénètrent l'espace pénal interne. Traditionnellement, la volonté des Parties de conférer des droits subjectifs aux individus est l'élément tranchant dans la justiciabilité de ce type de normes conventionnelles. Or, dans certains cas, l'existence d'un droit justiciable ne suffit pas en soi pour doter la norme internationale de l'effectivité pénale. Des obstacles dans le système national peuvent empêcher le juge pénal de sanctionner la violation d'un droit conventionnel. La justiciabilité se décline ainsi en double concept selon qu'on se place du côté du droit individuel ou de celui du juge pénal.

La justiciabilité est ainsi comprise comme la possibilité de faire valoir un droit dans un procès pénal. Selon la conception romano-germanique, l'existence d'un droit subjectif se traduit forcément par la possibilité de s'en valoir devant une juridiction, alors que le droit américain entoure cette possibilité de deux restrictions. La première est due au système de *Common Law* sur l'exigence d'un remède. L'autre est liée à une volonté des pouvoirs politiques de limiter l'accès à la justice sur le fondement des normes internationales.

**516.** L'« *effectivité pénale* », ainsi construite, permet de cerner les différentes normes internationales pénétrant l'espace pénal interne, tout en respectant les spécificités de ce dernier. Par ailleurs, cette conception permet de dépasser la classification manichéenne classique selon laquelle, soit la norme internationale est applicable, soit elle ne l'est pas. L'effectivité pénale est objet de nuances et elle est directement proportionnelle à l'intensification des critères que la norme internationale réunit, permettant par-là d'imaginer « des » applications, au lieu d'« une » application.

**517.** En franchissant avec succès les portes des conditions d'application, les conventions internationales arrivent ainsi au stade de jugement où le travail interprétatif du juge leur permet de sortir au jour de l'application.

# DEUXIÈME PARTIE.

# LES MODALITÉS D'APPLICATION DES CONVENTIONS INTERNATIONALES

> « Tout traité a pour but de produire un effet de droit entre les États parties, le plus souvent de créer des obligations et des droits dans leurs rapports mutuels ou de poser une règle de conduite, que les parties s'engagent à suivre. »[1275]

**518.** Les modalités d'application des conventions internationales constituent le moyen par lequel le juge national libère l'effet enfermé par la norme internationale dans l'espace pénal interne. La deuxième partie évoque ainsi l'interprétation des conventions internationales, ainsi que les techniques d'application, comme modalités d'application.

**519.** L'interprétation suscite de nombreux défis pour le juge, que ce soit au niveau du renvoi à l'exécutif ou au niveau des réserves étatiques ou parlementaires à certaines dispositions internationales (Titre I). Cette phase permet au juge de décider si la convention en question produira ou non des effets dans le cas d'espèce. Dans *Sale v. Haitian Center Council inc*[1276] par exemple, le juge a effectué le travail d'interprétation pour déduire que la convention ne régit pas les faits présentés devant lui. Les États-Unis interceptaient les bateaux haïtiens en haute mer et les ramenaient à leur pays d'origine. L'article 33 de la convention de 1951 sur les réfugiés prévoit le principe du non-refoulement. La Cour suprême a considéré, après l'examen des travaux préparatoires, que le principe de non-refoulement s'applique exclusivement au cas où la personne se retrouve sur le territoire national, la haute mer ne faisant pas partie de ce dernier.

À partir de là, il nous apparaît qu'interprétation n'équivaut pas à application. Le texte international peut ne pas s'appliquer, même en ayant une effectivité. La distinction entre interprétation et techniques d'application est renforcée par l'ancienne pratique des juridictions répressives françaises qui consiste à renvoyer la question d'interprétation au ministère des Affaires étrangères. Le rôle du juge pénal était alors de dérouler les effets de la directive interprétative de l'Exécutif sur le cas concret.

**520.** Les effets de l'application des conventions internationales dans l'ordre interne qu'on a pu relever incitent à traiter le deuxième titre de cette partie sous l'angle de techniques d'application (Titre II). Nous justifions ce choix par l'importance de mettre en exergue le rôle du juge dans cette application, le fait que la quasi-totalité des évolutions marquantes dans la matière ont été incitées et produites par la jurisprudence, plutôt que par des initiatives législatives. Ces techniques seront tantôt directes, tantôt indirectes. Les techniques sont classées par ordre croissant de l'effectivité pénale nécessaire et elles sont au nombre de six au total.

---

1275 BASTID Suzanne, *Les traités dans la vie internationale : conclusion et effets*, Economica, coll. Droit International, 1985, p. 113.

1276 113 *S. Ct.* 2549 (1993).

# TITRE I.

## LES PROBLÈMES POSÉS PAR L'INTERPRÉTATION DES NORMES INTERNATIONALES DEVANT LE JUGE PÉNAL

« *La beauté est dans les yeux de celui qui regarde* »

Oscar Wilde

> « La destination naturelle d'une règle de droit est de s'appliquer aux rapports sociaux en vue desquels elle a été établie. Comme les auteurs de cette règle ne peuvent prévoir à l'avance toutes les situations concrètes qui seront soumises à son empire, ils doivent procéder par voie de dispositions générales. En conséquence, la formulation de toute norme juridique se réalise nécessairement, à des degrés divers, par le moyen de l'abstraction et de la conceptualisation. Si cette méthode s'impose et offre au surplus des garanties sérieuses contre les discriminations, même involontaires, elle crée par contre une tâche supplémentaire pour ceux qui sont chargés de la fonction d'application du droit »[1277].

**521.** En principe, la rédaction des conventions internationales pénalement effectives est réalisée en des termes généraux pour prendre en compte la diversité des systèmes juridiques auxquels adhèrent les Parties contractantes. Par conséquent, cette généralité rédactionnelle impose au juge pénal un travail d'interprétation pour pouvoir appliquer la norme internationale ambiguë au cas concret. L'interprétation est le travail intellectuel par lequel le juge pénal détermine le sens exact de la norme internationale pénalement effective ainsi que son champ d'application[1278]. La décentralisation de cette interprétation constitue l'une des faiblesses du droit international conventionnel[1279].

**522.** Dans la première partie, nous avons remarqué que la théorie générale de l'application des conventions internationales doit prendre en compte les spécificités et les principes directeurs du droit pénal. En matière d'interprétation, le processus d'inculturation s'inverse. La nature des traités, instruments juridiques exprimant la volonté commune de plusieurs États, impose au juge pénal de suivre des règles particulières, conventionnelles ou coutumières, dans l'interprétation des normes internationales.

**523. La bonne foi.** Le principe de bonne foi est posé par l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités comme la « *règle générale d'interprétation* ». Ainsi, le juge pénal est tenu de suivre le sens ordinaire à attribuer aux termes dans leur contexte et à la lumière de l'objet et du but du traité. Cette méthodologie a été appliquée par une juridiction pénale française qui rappelle cette approche « *aux termes de la convention de Vienne du 23 mai 1969* »[1280] pour interpréter la Convention MARPOL dans une affaire de pollution maritime.

---

1277 DAILLIER Patrick, FORTEAU Mathias, QUOC DINH Nguyen, Pellet Alain, *op. cit.*, p. 276.

1278 La jurisprudence internationale adopte la même définition de l'interprétation. V. CIJ, arrêt du 27 novembre 1950, *Demande d'interprétation de l'arrêt du 20 novembre 1950 en l'affaire du droit d'asile*, *CIJ Recueil* 1950, p. 395.

1279 DUBOS Olivier, « Juridictions américaines et juridictions françaises face à l'article 33 de la Convention de Montréal : un dialogue de sourds ? », *Journal du droit international (Clunet) n° 4*, Octobre 2012, var. 4. L'auteur considère que « les justiciables […] pourraient légitimement croire à la cohérence du système et doivent finalement faire face à des incertitudes, des contradictions ».

1280 CA Paris, 11e ch. corr., 30 mars 2010, n° 08/02278 ; *Rev. sociétés* 2010, p. 524, note ROBERT. V. LE COUVIOUR Karine, « Erika: décryptage d'un arrêt peu conventionnel », *AJ Edition générale*, n° 16, 19 avril 2010,

… / …

**524. Le canon libéral.** À partir du principe de bonne foi, les juridictions américaines ont développé une spécificité dans l'interprétation des normes internationales. Il s'agit du canon d'interprétation libérale. En 1890, dans *DeGeofroy v. Riggs*[1281], la Cour suprême a considéré que la nature contractuelle des conventions internationales nécessite une interprétation libérale qui tienne compte de l'intention des parties pour garantir l'égalité et la réciprocité entre eux. Ainsi, les mots étaient compris selon leur sens ordinaire, tel qu'entendus en droit international, et ils n'avaient pas d'interprétation « *spéciale* » ou restrictive selon le droit national, sauf disposition expresse.

La juridiction fédérale a ultérieurement développé sa conception de l'interprétation libérale. Selon la Cour, « *lorsqu'une disposition conventionnelle admet deux interprétations, l'une restrictive des droits individuels et l'autre extensive de ces droits, il convient de préférer l'interprétation la plus libérale* »[1282]. La Cour suprême s'est souvent opposée aux interprétations conventionnelles qui restreignent indûment les droits pour la protection desquels un traité est adopté[1283]. L'approche de la Cour suprême américaine s'accorde parfaitement avec le principe de l'interprétation stricte des lois pénales.

**525. Les moyens complémentaires d'interprétation.** Pour aider le juge pénal dans son interprétation, l'article 33 de la Convention de Vienne sur le droit des traités autorise le recours « *à des moyens complémentaires d'interprétation, et notamment aux travaux préparatoires et aux circonstances dans lesquelles le traité a été conclu* ». La jurisprudence pénale comparée démontre une acceptation unanime de cette règle[1284]. À titre d'exemple, la Cour suprême américaine a utilisé les travaux préparatoires dans l'interprétation des normes internationales pénalement effectives[1285]. Dans l'arrêt *Medellin v. Texas*, elle pose la règle générale : « *l'interprétation d'une convention internationale, comme celle d'une loi fédérale, commence par le texte. Le traité ratifié étant un accord entre des pouvoirs souverains, nous prenons en considération les travaux préparatoires comme aides à l'interprétation* »[1286].

**526.** En pratique, ces canons d'interprétation produisent rarement des difficultés ou des divergences dans la jurisprudence pénale comparée. Pour cette raison, ils ne seront pas

---

p. 432-436. Pour la jurisprudence égyptienne, V. Cass. Civ. (Egy), 4 novembre 2015, Req. n° 6065, année judiciaire 84, consulté sur : cc.gov.eg.

1281 *DeGeofroy v. Riggs*, 133 U.S. 258 (1890).

1282 *Nielsen v. Johnson*, 279 U.S. 47 (1929); *Factor v. Laubenheimer*, 290 U.S. 276 (1933).

1283 *Kolovrat v. Oregon*, 366 US 187 (1961).

1284 Pour illustration, V. Cass. Civ. (Egy), 30 janvier 1989, Req. n° 1537, année judiciaire 52, consulté sur: cc.gov.eg.

1285 *Volkswagenwerk Aktiengesellschaft v. Schlunk*, 486 U.S. 694 (1988): « Treaties are construed more liberally than private agreements, and, to ascertain their meaning, we may look beyond the written words to the history of the treaty, the negotiations, and the practical construction adopted by the parties ». Pour une discussion du rôle de ces outils dans l'interprétation des traités devant la Cour suprême américaine, V. GLASSHAUSER Alex, « What we must never forget when it is *a treaty* we are expounding », 73 *U. Cin. L. Rev.* 1243 (2005).

1286 *Medellin v. Texas*, 552 U.S. 491 (2008).

développés ultérieurement. L'analyse dans ce titre est surtout tournée vers les questions d'interprétation qui posent un problème devant le juge pénal national.

**527. Les problèmes d'interprétation.** Deux séries de questions récurrentes ont été identifiées. En premier lieu, est étudiée la question de la compétence pour interpréter les normes internationales pénalement effectives (Chapitre I). Les traités sont des instruments utilisés dans les relations diplomatiques, mais ils sont également des textes juridiques. Les réponses du juge pénal national varient entre le renvoi au pouvoir exécutif et l'appropriation de la compétence d'interprétation. Dans des cas précis, le juge pénal doit même une déférence à l'interprétation d'instances étrangères.

En deuxième lieu, le développement de la pratique des réserves aux traités impose une étude de l'encadrement de l'interprétation conventionnelle par ces déclarations unilatérales (Chapitre II). Après la délimitation du pouvoir du juge pénal à l'égard de leur validité, il faudra s'interroger sur la portée des réserves sur l'interprétation du juge pénal.

# CHAPITRE I.

# LA COMPÉTENCE POUR INTERPRÉTER LES CONVENTIONS INTERNATIONALES

**528.** Le droit international ne s'intéresse pas à la question de la compétence pour interpréter les conventions internationales. Il n'existe pas de norme internationale pour la répartition de la compétence d'interprétation entre les organes étatiques. Le droit international ne s'intéresse qu'au résultat[1287] : l'application effective de ses règles.

**529. Désignation de l'interprète par le traité.** Cependant, les parties contractantes à un traité peuvent prévoir des clauses spécifiques pour régler les problèmes d'interprétation. C'est ainsi que l'article 24-1 de la Convention relative aux infractions et à certains autres actes survenant à bord des aéronefs conclue à Tokyo le 14 septembre 1963 prévoit que :

> « Tout différend entre des États contractants concernant l'interprétation ou l'application de la présente Convention qui ne peut pas être réglé par voie de négociation est soumis à l'arbitrage, à la demande de l'un d'entre eux. Si, dans les six mois qui suivent la date de la demande d'arbitrage, les Parties ne parviennent pas à se mettre d'accord sur l'organisation de l'arbitrage, l'une quelconque d'entre elles peut soumettre le différend à la Cour internationale de Justice, en déposant une requête conformément au Statut de la Cour ».

**530.** Madame Aubert a retracé la question de l'interprétation de la Convention franco-sarroise par la Chambre criminelle de la Cour de cassation française. Datant du 3 janvier 1948, ce traité relatif à l'organisation judiciaire de la Sarre « *avait prévu un certain nombre de procédures particulières au cas où une personne de nationalité française ferait l'objet de poursuites en Sarre* »[1288]. Ainsi, une juridiction mixte a été créée pour statuer sur les appels dans certaines conditions. Pour ce qui est de la compétence d'interpréter cette convention, l'article 27 précise que :

> « Les questions relatives à l'interprétation ou à l'application de la présente convention seront soumises à une commission mixte composée comme suit : Le ministre de la justice de la République française, président ; Deux membres français, dont un magistrat français désigné par le gouvernement français ; Trois membres sarrois, dont un magistrat sarrois, désignés par le gouvernement sarrois ».

À trois reprises, la chambre d'appel franco-sarroise a décidé d'interpréter le traité d'office, malgré ces directives conventionnelles. La Chambre criminelle de la Cour de cassation a critiqué l'excès de pouvoir de la part des juges du fond. Pour la juridiction suprême :

---

1287 ALLAND Denis, « Jamais, parfois toujours. Réflexions sur la compétence de la Cour de cassation en matière d'interprétation des conventions internationales », *RGDIP* 1996, II, p. 600.

1288 AUBERT Bernadette, *op. cit.*, p. 161.

> « En précisant ainsi elle-même, à ce double point de vue, le sens et la portée de la convention franco-sarroise du 3 janvier 1948, […], alors que ce droit n'appartenait qu'à la commission instituée par l'article 27, la cour d'appel a excédé ses pouvoirs »[1289].

La solution est évidente. Le juge pénal est tenu de respecter l'obligation internationale en déléguant l'interprétation à l'organe désigné par le traité.

**531.** L'hypothèse qui nous intéresse est différente. Elle concerne les cas dans lesquels les conventions internationales n'ont pas prévu de solution particulière pour la question de l'interprétation des normes internationales pénalement effectives. Cette hypothèse mobilise des enjeux de séparation de pouvoirs, de relations internationales et des devoirs du juge pénal dans l'application des textes pertinents au cas d'espèce. Dans les droits comparés, les choix ne sont pas nombreux. Le juge pénal oscille entre un renvoi à l'exécutif et une appropriation de la compétence d'interprétation (Section I). Cependant, l'évolution de ces choix dans les jurisprudences comparées ne suit pas les mêmes lignes. Se pose également la question de savoir si le juge pénal doit une certaine déférence à d'instances fonctionnant au-delà des frontières nationales, que ce soit des juridictions internationales ou étrangères, ou que ce soit des organismes internationaux (Section II).

1289 Cass. Crim., 27 juillet 1951, *B.* n° 235. Dans d'autres formulations, la Chambre criminelle juge que « la Cour d'appel a formellement violé la disposition de l'article 27 de cette convention » ; Cass. Crim., 29 novembre 1951, *B.* n° 325.

## SECTION I.
## ENTRE RENVOI À L'EXÉCUTIF ET OFFICE INTERPRÉTATIF

**532.** Une action est peu, l'habitude est beaucoup. À plusieurs reprises, nous avons rappelé le rôle fondamental que joue le juge pénal dans le développement de sa compétence à l'égard des conventions internationales. L'origine juridictionnelle de la notion de l'effet direct a été exposée. Pour la validité formelle, nous avons observé comment le juge pénal a commencé par un contrôle élémentaire portant sur l'existence de la ratification. Les développements ultérieurs aboutissent à un contrôle plus étendu de cette procédure autrefois qualifiée d'acte de « *haute administration* ».

**533.** Dans tous les cas précédents, le juge pénal s'est comporté sans directives constitutionnelles ou législatives. C'est exclusivement par ses choix que le juge pénal dilate ou contracte sa compétence par rapport aux conventions internationales. À l'égard de la question d'interprétation, la situation n'est pas différente. La compétence pour interpréter les traités n'a pas été prévue par les constitutions ou les législations des États comparés. L'ancien cloisonnement du juge pénal, comme l'extension actuelle de son pouvoir, étaient des choix dictés par une conception du rôle judiciaire et une évolution en droit international. Est-ce que le juge pénal est tenu de suivre l'interprétation donnée aux normes internationales par l'exécutif ? Ou est-ce que la compétence originelle d'interprétation appartient au juge pénal ?

**534.** La réponse à ces questions est l'enjeu de plusieurs notions, notamment la nature spécifique des conventions internationales comme instruments de relations diplomatiques ainsi que le principe de séparation des pouvoirs. En même temps, les traités consacrent des normes juridiques comparables aux lois nationales dont l'interprétation est le devoir du juge pénal[1290]. Selon les choix privilégiés, l'analyse jurisprudentielle fournit deux lignes distinctes. Ou bien le juge pénal renvoie à l'interprétation des normes internationales fournie par l'exécutif (§ 1), ou bien il s'approprie lui-même la compétence d'interprétation (§ 2).

---

1290 Les juridictions canadiennes ont développé une distinction selon laquelle les questions liées à l'existence effective d'un traité sont renvoyées au pouvoir exécutif, alors que les questions juridiques d'interprétation relèvent de la compétence du juge pénal. V. *Ganis v. Canada*, 2006 BCCA 543: « Our courts are sometimes asked to interpret a treaty's provisions and determine its domestic effects; that task, involving legal questions, is within the judiciary's expertise. A treaty's existence, however, is not an ordinary question of law but a highly political matter as between the executive of two contracting states. The Supreme Court of Canada has recognized this distinction, holding that "whether a treaty is in force, as opposed to what its effect should be, [is] wholly within the province of the public authority" ».

## § 1. LE RENVOI À L'INTERPRÉTATION DU POUVOIR EXÉCUTIF

**535.** En matière de compétence pour interpréter les normes internationales pénalement effectives, la position classique tend à reconnaître au pouvoir exécutif un rôle important, pour des raisons beaucoup plus politiques que juridiques. Cette position est principalement prônée en France et aux États-Unis. Sur le Vieux Continent, le juge pénal français a traditionnellement donné une valeur obligatoire à la question préjudicielle relevant de l'exécutif, cédant dans une première étape son office interprétatif (A). La situation n'est pas très différente dans le Nouveau Monde. Même si le juge pénal américain accorde plutôt une valeur « *substantielle* » à l'interprétation du gouvernement, il suit l'Exécutif beaucoup plus qu'il ne lui résiste (B).

### A. LA VALEUR OBLIGATOIRE DE L'INTERPRÉTATION GOUVERNEMENTALE EN FRANCE

**536.** La Constitution française de 1958 ne contient aucune disposition pour déterminer l'instance compétente pour interpréter les normes internationales pénalement effectives. En l'état, les juridictions répressives françaises ont forgé une doctrine de renvoi obligatoire à l'interprétation du ministère des Affaires étrangères. Dans un premier temps, il est important de comprendre la logique qui se cache derrière cette délégation du pouvoir interprétatif (1).

**537.** À partir de 1999, la Chambre criminelle de la Cour de cassation française pose les fondations d'un revirement important en matière de compétence d'interprétation des conventions internationales. Pour y arriver, il a fallu commencer à petits pas. C'est ainsi que le juge pénal limite la valeur obligatoire de l'interprétation gouvernementale aux cas où les dispositions internationales sont ambiguës, se gardant de faire un renvoi quand la disposition est claire (2).

#### 1. La logique de l'ancienne position des juridictions pénales

> « L'interprétation officielle d'un Traité par le ministère des affaires étrangères, dès lors qu'il s'agit de fixer le sens et la portée de l'action diplomatique sur des points qui intéressent […] le droit des gens, revêt une portée générale et s'impose à l'autorité judiciaire »[1291].

**538.** À l'appui d'une compréhension particulière du principe de la séparation des pouvoirs, la chambre criminelle de la Cour de cassation française a multiplié les formules par lesquelles elle refusait d'interpréter les traités internationaux[1292].

---

1291 Selon le Conseiller Rapporteur de la Chambre criminelle sous Cass. Crim., 7 juin 1988, *B.* n° 257.

1292 Les premiers arrêts de la Chambre criminelle portant sur cette question réfléchissent une réticence liée au principe de la séparation des pouvoirs. Au visa de dispositions législatives et constitutionnelles interdisant l'immixtion des tribunaux dans « l'exercice du Pouvoir législatif », la Chambre criminelle affirmait, depuis 1867, que « les traités et conventions d'extradition sont des actes diplomatiques de gouvernement à gouvernement ; qu'il n'appartient pas aux tribunaux de les expliquer ni de les interpréter » ; Cass. Crim., 4, 25 et 26 juillet 1867, *S.* 1867, p. 409-415, cité dans ALLAND Denis, « Jamais, parfois toujours. Réflexions sur la compétence de la Cour de cassation en matière d'interprétation des conventions internationales », *op. cit.*, p. 622.

**539.** Parfois, c'est la nature des traités qui empêche l'immixtion judiciaire. Ainsi, « *les conventions internationales sont des actes de haute administration qui ne peuvent être interprétés, s'il y a lieu, que par les puissances entre lesquelles elles sont intervenues* »[1293]. Cette formule date de 1867, ce qui explique qu'elle soit qualifiée de « *fossile vivant du droit français* »[1294].

**540.** Dans d'autres cas, la motivation repose sur la compétence exclusive du Ministère[1295]. Il s'agit ici d'une question de connaissance et d'expérience. Le gouvernement possède plus d'accès aux circonstances liées à la conclusion de la convention et ses travaux préparatoires[1296]. Il peut contacter le gouvernement étranger pour interpréter, « *de concert* »[1297], la disposition internationale en question. Par ailleurs, il sera mieux placé pour inscrire un choix interprétatif quelconque dans la politique étrangère française. Ainsi, le juge pénal est tenu d'interpeller l'autorité compétente avant de statuer au fond[1298]. Une fois fournie, l'interprétation officielle du ministère s'impose au juge pénal dans tous les autres cas où est invoquée la norme internationale en question[1299].

**541.** D'autres fois, « *l'ordre public international* » est posé comme obstacle à la compétence du juge pénal[1300]. La préoccupation du juge pénal est la préservation de l'action diplomatique de l'exécutif[1301] :

---

1293 Cass. Crim., 10 mai 1988, *B.* n° 201, p. 521 (Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés). Pour la même expression, V. Cass. Crim., 3 juin 1985, *B.* n° 212, p. 542 (Convention douanière internationale du 18 mai 1956) et Cass. Crim., 29 juin 1972, *B.* n° 227, p. 595 ; *JCP G* 1972, 17457, note RUZIÉ (Convention de Chicago du 7 décembre 1944 relative à la navigation aérienne internationale). V. également, Cass. Crim., 9 mai 1972, *B.* n° 159, p. 403 (Convention sur l'aide judiciaire entre la France et la principauté de Monaco du 21 septembre 1949). Il s'agit d'une ancienne formule retracée à Cass. Crim., 24 mars 1953, *B.* n° 115, p. 191.

1294 ALLAND Denis, « Jamais, parfois toujours. Réflexions sur la compétence de la Cour de cassation en matière d'interprétation des conventions internationales », *op.cit.*, p. 601.

1295 Cass. Crim., 25 mai 1956, *B.* n° 388, p. 718 ; 26 novembre 1957, *B.* n° 768, p. 1390 ; 22 janvier 1963, *B.* n° 34 ; 9 mai 1972, *B.* n° 159 ; 27 juin 1973, *B.* n° 305, p. 735.

1296 DECAUX Emmanuel, *op. cit.*, p. 491. V. également, REUTER Paul, *op. cit.*, p. 30.

1297 Cass. Crim., 19 janvier 1982, *B.* n° 16. Cette motivation correspond à une vision du droit international principalement bilatéral. Le multilatéralisme rend quasi-impossible cette idée d'interprétation « de concert ». Pour un exemple concret, V. Cass. Crim., 23 février 1912, *King, DP* 1915.1.84. Le Procureur général s'est pourvu en cassation d'un arrêt par lequel la Cour d'appel de Paris a déclaré que King, agent consulaire des États-Unis en France, ne pouvait être poursuivi devant le tribunal correctionnel, à raison de l'immunité dont il est revêtu en vertu de l'article 2 de la Convention consulaire franco-américaine du 23 février 1853. La Chambre criminelle casse l'arrêt en s'appuyant sur deux communications du ministère des affaires étrangères. En vertu de « l'interprétation bilatérale » des deux Puissances, « la clause d'immunité personnelle des agents consulaires devait s'entendre non d'une immunité de juridiction territoriale en matière répressive, mais seulement d'une exemption d'arrestation et de détention préventives ».

1298 Cass. Crim., 29 juin 1972, *B.* n° 227, p. 595 : « attendu qu'il appartenait aux juges d'interroger le ministère des affaires étrangères sur ces points précis avant de se prononcer sur le bien-fondé de la poursuite ; qu'en statuant au fond, sans avoir au préalable fait trancher par l'autorité compétente les questions préjudicielles qui se posaient en l'espèce, la cour d'appel a violé le principe ci-dessus rappelé ».

1299 Cass. Crim., 7 juin 1988, *B.* n° 257 et Cass. Crim., 26 janvier 1984, *B.* n° 34.

1300 Cass. Crim., 26 janvier 1984, *B.* n° 34 ; 1er décembre 1966, *B.* n° 275 ; 2 janvier 1959, *B.* n° 5, p. 7.

1301 ALLAND Denis, « Jamais, parfois toujours. Réflexions sur la compétence de la Cour de cassation en matière d'interprétation des conventions internationales », *op.cit.*, p. 642.

> « L'interprétation des traités et conventions diplomatiques échappe à l'autorité judiciaire lorsque cette interprétation soulève des questions d'ordre public international ; que dès lors, la chambre d'accusation avait le devoir de surseoir à statuer jusqu'à ce que le ministre des Affaires étrangères, qu'il lui appartenait de consulter, ait officiellement interprété sur les points précis dont s'agit, les conventions internationales susvisées »[1302].

**542.** Ronny Abraham a critiqué le principe d'incompétence des juridictions françaises. Selon son analyse comparative, « *il faut observer que la France est le seul grand pays occidental à pratiquer ce système, qui est une sorte d'auto-limitation de la fonction juridictionnelle. Dans tous les autres pays, les tribunaux se reconnaissent une plénitude de compétence pour interpréter les traités aussi bien que les lois internes* »[1303].

## 2. La distinction entre dispositions internationales claires et ambiguës : un dernier développement avant l'appropriation complète

**543.** Les développements de la question d'application des conventions internationales vont conduire les juridictions répressives à s'approprier la compétence d'interprétation en 2004. Entre sa position initiale de renvoi obligatoire et son émancipation ultérieure, le juge pénal a élaboré une méthode qui lui a permis une certaine indépendance vis-à-vis le pouvoir exécutif. Le renvoi au ministère des affaires est cantonné dans le cas d'une norme internationale dont le sens est ambigu. Quand la disposition est claire, aucun renvoi n'est nécessaire.

**544.** Cette distinction a été utilisée dans une affaire où une personne était poursuivie pour infractions au code des douanes et à la législation sur les changes. La Cour d'appel a elle-même interprété l'article 11 de la Convention douanière franco-monégasque du 18 mai 1963 pour établir la compétence de l'administration française des douanes pour poursuivre des infractions commises à Monaco en raison de l'union douanière. La chambre criminelle critique l'excès de pouvoir des juges du fond du moment « *qu'il existe une incertitude sur le sens et la portée des dispositions d'ordre public que ces textes édictent* »[1304].

**545.** En revanche, il n'y avait pas lieu d'accueillir des moyens relatifs à l'incompétence du juge pénal dans l'interprétation de dispositions conventionnelles lorsque les termes de celles-ci étaient clairs. C'est ainsi, qu'en matière d'extradition, la Chambre criminelle affirme que :

> « Certes, […] les conventions internationales d'extradition sont des actes de haute administration intéressant l'ordre public international qui ne peuvent être interprétés, s'il y a lieu, que par les puissances entre lesquelles elles sont intervenues, mais qu'il appartient aux tribunaux de les

---

1302 Cass. Crim., 30 juin 1976, *B.* n° 236, p. 620 ; *D.* 1977, p. 1, note COSTE-FLORET.

1303 ABRAHAM Ronny, *Droit international, droit communautaire et droit français*, Hachette, coll. PES, 1989, p. 95. Même si, en principe, on est d'accord avec la critique du principe d'incompétence, l'analyse de la jurisprudence pénale aux États-Unis, « grand pays occidental », démontre également « une sorte d'auto-limitation de la fonction juridictionnelle ». V. *infra* n° 548 et s.

1304 Cass. Crim., 4 décembre 1975, n° 269, p. 714. V. également, Cass. Crim., 3 juin 1985, *op. cit.*, qui qualifie de « sérieuse » l'incertitude sur le sens et la portée des dispositions conventionnelles (Convention douanière internationale du 18 mai 1956).

appliquer, lorsque, comme dans le cas présent, leur sens ou leur portée ne présente pas d'ambiguïté »[1305].

De la même manière, en matière d'infractions relatives au séjour sur le territoire français, la Chambre criminelle s'appuie sur un accord franco-algérien, « *dont les termes sont clairs* »[1306], pour rejeter le pourvoi du Procureur contre un arrêt de relaxe, sans renvoi à l'exécutif.

### B. La valeur substantielle de l'interprétation gouvernementale aux États-Unis

**546.** Comme le cas en France, la Constitution américaine ne contient aucune clause relative à l'organe compétent pour interpréter les normes internationales pénalement effectives. C'est ainsi que la Cour suprême et les juridictions répressives ont accordé une valeur substantielle à l'interprétation gouvernementale des conventions internationales (1). Toutefois, coexistent des poches de résistance contre cette cession du devoir interprétatif (2).

#### 1. La concordance de la jurisprudence pénale sur le poids de l'interprétation exécutive

**547. Justifications doctrinales.** La doctrine américaine a relaté les justifications du renvoi à l'exécutif pour l'interprétation des traités internationaux. Par exemple, John Yoo a fait valoir que, étant donné la place du pouvoir de conclusion des traités dans l'article II de la Constitution, l'exécutif doit avoir le dernier mot dans l'interprétation[1307]. Yoo reconnaît que les interprétations d'un certain traité pourraient évoluer avec le temps, mais souligne que ce n'est pas le cas de l'interprète. Il trouve la notion d'un traité qui peut avoir une signification internationale, comme interprété par le Président et l'Exécutif, et un autre sens accordé par les tribunaux, comme étant « *bizarre* »[1308]. Les racines de cette position doctrinale sont à rechercher, encore une fois, dans la période de naissance de la Nation américaine. Alexander Hamilton s'inquiétait du fait que l'incapacité du pouvoir fédéral à « *unifier son mot* » allait dissuader les autres nations de conclure des conventions avec les États-Unis[1309]. Pour John Jay, la Constitution garantit que les traités « *seront toujours interprétés et appliqués de la même*

---

1305 Cass. Crim., 1er décembre 1966, *B.* n° 275 ; *D.* 1967, p. 23, rapp. COSTA.

1306 Cass. Crim., 1er mars 1973, *B.* n° 107 ; *JDI* 1974, p. 147, obs. SIMON-DEPÎTRE ; *RCDIP* 1973, p. 493, note AYMOND.

1307 YOO John, « Treaty Interpretation and the False Sirens of Delegation», 90 *Cal. L.Rev.* 1305, 1315 (2002).

1308 YOO John, « Politics as Law? The Anti-Ballistic Missile Treaty, the Separationof Powers, and Treaty Interpretation », 89 *Cal. L. Rev.* 851, 862 (2001).

1309 GLASHAUSSER Alex, « Difference and deference in treaty interpretation », 50 *Villanova Law Review* 25, 39 (2005). C'est ce qui est compris également de l'arrêt *Baker v. Carr*, 369 U.S. 186 (1962) : « Foreign relations […] not only does resolution of such issues frequently turn on standards that defy judicial application, or involve the exercise of a discretion demonstrably committed to the executive or legislature, b*ut many such questions uniquely demand single-voiced statement of the Government's views*».

*manière* »[1310]. L'entrée des États-Unis sur la scène internationale, à partir de la première guerre mondiale, a renforcé la dépendance sur l'exécutif en matière de relations diplomatiques. C'est ainsi que l'expertise du *State Department* a été de plus en plus sollicitée par les juridictions répressives[1311].

**548. Pratique jurisprudentielle.** En 1913, la Cour suprême a décidé de confirmer l'extradition d'un citoyen américain vers l'Italie, État dans lequel il est poursuivi pour le meurtre de sa femme. L'extradé soutenait que la Convention d'extradition avec l'Italie doit être interprétée de manière à exclure la remise des nationaux. Pour refuser cet argument, la Cour suprême s'aligne sur l'interprétation du « *département politique du gouvernement* » qui est dotée d'une « *grande importance* »[1312]. Dans d'autres cas, la Cour suprême accorde cette importance aux positions gouvernementales tout en précisant que les tribunaux sont compétents pour interpréter les traités « *pour eux-mêmes* »[1313]. Malgré cette affirmation de principe, il a été relevé que, entre 1986 et 1999, la Cour suprême a suivi l'avis du gouvernement dans onze des douze arrêts soulevant des questions d'interprétation de normes internationales[1314]. Pour Bérangère Taxil, la recherche de l'interprétation exécutive par le juge américain est systématique[1315].

**549.** Thématiquement, il semble que la réception de l'interprétation exécutive des traités par le juge pénal a surtout prédominé dans les affaires de l'article 36 de la Convention de Vienne. La valeur de l'interprétation du *State Department* a évolué exponentiellement. D'un arrêt accordant « *une certaine importance* »[1316] pour l'interprétation ministérielle en 1999, on est passé à « *une importance substantielle* » un an plus tard dans *United States v. Li*[1317] et *United States v. Jimenez-Nava*[1318]. Dans toutes ces affaires, les cours fédérales ont suivi à la lettre les directives de l'exécutif.

---

1310 *Ibid.*

1311 En droit administratif américain, il existe une tendance comparable dans l'interprétation des normes internes. Les tribunaux américains sollicitent les agences chargées de la mise en œuvre des lois fédérales pour interpréter ces dernières. Ce renvoi est connu sous le nom de la « doctrine *Chevron* ». V. BRADLEY Curtis, « *Chevron* deference and Foreign Affairs », 86 *Virginia Law Review*649 (2000).

1312 *Charlton v. Kelly*, 229 U.S. 447 (1913). Cette compréhension est confirmée dans des arrêts ultérieurs. V. à titre d'exemple, *Factor v. Laubenheimerl*, 290 US 276 (1933): « In resolving doubts, the construction of a treaty by the political department of the Government, while not conclusive upon the courts, is nevertheless of weight ». V. également, *United States v. Stuart*, 489 US 353 (1989): « Bien que non décisif, le sens attribué aux dispositions conventionnelles par les organismes gouvernementaux chargés de leur négociation et de leur mise en œuvre est d'une grande importance ». Pour les juridictions fédérales inférieures, V. *United States v. Lindh*, 212 F.Supp.2d 541 (E.D. Va. 2002).

1313 *Kolovrat v. Oregon*, 366 US 187 (1961).

1314 BEDERMAN David, « Deference or deception: treaty rights as political questions », 70 *U. Colo. L. Rev.* 1439, 1465 (1999).

1315 TAXIL Bérangère, *op. cit.*, p. 163.

1316 *United States v. Lombera-Camorlinga*, *op. cit.*

1317 *op. cit.*

1318 *op. cit.*

## 2. Des poches de résistance juridictionnelle

**550. Au niveau des juridictions fédérales.** Dans un arrêt fédéral impliquant la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, le juge compétent s'est indigné de la compréhension selon laquelle l'interprétation d'une norme internationale par le gouvernement s'impose au juge pénal, de telle manière à réduire le rôle du pouvoir judiciaire « *à un simple écho de la position de l'exécutif* »[1319]. Si la juridiction fédérale est tenue de prendre en considération le point de vue de l'exécutif, « *la déférence n'est pas soumission* »[1320]. Pour le juge, dire autrement revient à faire « *une moquerie* » du principe de la séparation des pouvoirs.

**551. Dans la jurisprudence de la Cour suprême.** L'arrêt de la Cour suprême fédérale, *Hamdan v. Rumsfeld*, est décrit comme une rupture d'avec l'approche de la Cour suprême à l'égard de la valeur de l'interprétation donnée par le pouvoir exécutif aux normes internationales[1321]. Salim Hamdan a voyagé de son pays natal, le Yemen, vers l'Afghanistan en 1996, pour devenir le chauffeur d'Osama bin Laden. Il est arrêté par les forces américaines en franchissant les frontières pakistanaises et il est renvoyé vers Guantanamo Bay. En février 2002, le Président Georges W. Bush a promulgué une note sur le traitement des prisonniers arrêtés lors de la guerre contre le terrorisme. Dans l'un des points, le Président a adopté une interprétation de l'article 3 commun aux Conventions de Genève. Selon la note, cet article relatif au jugement des prisonniers de guerre par des tribunaux régulièrement constitués ne s'applique pas aux membres d'Al-Qaïda, étant donné la nature internationale du conflit entre les États-Unis et cette organisation terroriste[1322]. Des commissions militaires spéciales ont été instituées pour poursuivre et juger ces criminels.

Renvoyé devant ces instances, l'accusé Hamdan dépose une requête d'*habeas corpus* auprès de la Cour suprême pour contester la légalité des procédures devant cette commission sur le fondement de l'article 3 commun aux Conventions de Genève. Dans sa réponse, le gouvernement fait référence à la note du Président, arguant de son caractère substantiel dans l'interprétation donnée par les tribunaux[1323]. La majorité de la Cour ignore le renvoi et qualifie l'analyse de la nature du conflit avec Al-Qaïda comme « *erronée* »[1324]. Elle conclut à

---

1319 *Tachiona Ex Rel. Tachiona v. Mugabe*, 186 F. Supp. 2d 383 (SDNY 2002).

1320 *Ibid.*

1321 SLOSS David, « Judicial deference to executive branch treaty interpretations: A historical perspective », *op. cit.*, p. 504.

1322 *Ibid.*, p. 500. « I also accept the legal conclusion of the Department of Justice anddetermine that [C]ommon Article 3 of Geneva does not apply to either Al Qaeda or Taliban detainees, because, among otherreasons, the relevant conflicts are international in scope and[C]ommon Article 3 applies only to "armed conflict not of an international character »; CHESNEY Robert, « Disaggregating deference: the judicial power and executive treaty interpretations », 92 *Iowa Law Review* 1723, 1730 (2007).

1323 Il s'agit de la même position adoptée par la Cour fédérale inférieure dans cette affaire. Pour les juges du fond, l'interprétation du Président Bush mérite un « poids considérable » qui « doit […] prévaloir ». V. *Hamdan v. Rumsfeld*, 415 F.3d 33 (D.C. Cir. 2005).

1324 *Hamdan v. Rumsfeld*, 548 U.S. 557 (2006).

l'inconventionnalité des commissions militaires en dépit de l'avis de l'exécutif. Dans son opinion dissidente, le juge Thomas a critiqué ce résultat, raisonnant que « *nos précédents exigent qu'on renvoie à l'interprétation de l'exécutif* »[1325].

**552.** Il est vrai que la Cour suprême ne s'est pas prononcée sur le principe de la valeur de l'interprétation de l'exécutif. C'est pour cette raison qu'il est difficile de voir dans cet arrêt un point de départ pour une nouvelle approche à l'égard de la question de l'interprétation des conventions internationales. Cependant, le raisonnement de la Cour suprême peut être rallié aux appels doctrinaux d'émancipation des juridictions répressives de l'interprétation exécutive des normes internationales[1326].

## § 2. L'APPROPRIATION DE LA COMPÉTENCE D'INTERPRÉTATION PAR LE JUGE PÉNAL

**553.** De l'autre côté du spectre, la question de la compétence d'interprétation des traités donne lieu à un monde dans lequel le juge pénal s'approprie ce devoir. Il est de l'office du juge pénal d'interpréter la norme internationale invoquée devant lui. La jurisprudence pénale égyptienne est constante dans cette position (A), alors que la jurisprudence pénale française a récemment évolué dans le sens de l'office interprétatif (B).

### A. UNE CONTINUITÉ DANS LA JURISPRUDENCE PÉNALE ÉGYPTIENNE

**554.** Notre analyse de la pratique des juridictions répressives démontre que le juge pénal égyptien se considère compétent pour interpréter les normes internationales applicables devant lui. L'analyse des arrêts de la Cour de cassation, dans la période entre 1945 et 2014, illustre une appropriation complète de la compétence d'interprétation et aucun renvoi à une interprétation gouvernementale n'a pu être relevé. La Chambre criminelle partage cette approche avec les autres formations de la Cour de cassation égyptienne[1327]. C'est ainsi que la Chambre commerciale déclare que « *les juridictions ordinaires sont les seules compétentes […] pour appliquer la convention internationale […], ce qui impose d'interpréter ses dispositions et déterminer son champ d'application* »[1328].

---

1325 *Ibid.* [Thomas, dissenting].

1326 GLASHAUSSER Alex, *op. cit.*, p. 85.

1327 Les différentes formations de la Cour de cassation égyptienne interprètent d'office les normes internationales sans se poser la question de compétence. Pour des conventions fiscales, V. Cass. Com. (Egy), 28 mars 2006, Req. n° 2525, année judiciaire 61 (Convention avec le Norvège); 26 avril 2005, Req. n° 1133, année judiciaire 67, consulté sur : *cc.gov.eg* (Convention avec l'Autriche). Pour des conventions relatives à l'immunité juridictionnelle, V. Cass. Civ. (Egy), 9 décembre 1993, Req. n° 2248, année judiciaire 53 (Convention avec l'Organisation de l'aviation civile internationale) ; 17 janvier 1979, Req. n° 450, année judiciaire 45, consulté sur : *cc.gov.eg* (Convention de Vienne sur les relations diplomatiques).

1328 Cass. Com. (Egy), 8 novembre 1993, Req. n° 2606, année judiciaire 56, consulté sur : *cc.gov.eg* (à propos de la Convention fiscale entre l'Égypte et l'Italie en vue d'éviter les doubles impositions et de prévenir l'évasion fiscale).

Pour prouver la continuité de l'appropriation de compétence d'interprétation dans la jurisprudence pénale égyptienne, nous avons choisi deux arrêts de la Chambre criminelle et une décision d'une juridiction pénale spécialisée.

**555. Juridictions pénales ordinaires.** Dans un arrêt de l'année 1955, était invoquée devant la Chambre criminelle une disposition du traité anglo-égyptien d'amitié et d'alliance du 26 août 1936. Dans les faits, un médecin civil égyptien, travaillant pour les forces britanniques, a été poursuivi pour chef d'évasion fiscale. Pour se défendre, il invoque l'article 9 de ladite convention selon lequel « *les forces britanniques* » jouissent de « *dispenses et de privilèges en matières juridictionnelle et fiscale* ». Pour écarter ce moyen, la Chambre criminelle interprète elle-même cette disposition conventionnelle, jugeant membres des forces britanniques, les personnes soumises aux lois militaires britanniques ou les civils de nationalité britannique affectés au service de ses forces[1329]. Le médecin égyptien ne fait pas partie de ces deux catégories ; il ne peut pas profiter des dispenses fiscales consacrées par la convention et sa condamnation est confirmée.

**556.** Plus récemment, la Chambre criminelle s'est interrogée sur l'interprétation d'une disposition de la convention de coopération judiciaire et juridique avec les Émirats Arabes Unis[1330]. Un citoyen égyptien est poursuivi pour complicité d'un meurtre commis sur le territoire du pays du Golfe. Pour demander la nullité de l'acte d'accusation, il invoque l'article 41 de ladite convention. Selon ce texte, l'extradition des nationaux est interdite. Toutefois, les deux États s'engagent respectivement de poursuivre leurs nationaux pour les crimes commis dans l'autre État, « *au cas où une demande est déposée par voie diplomatique* » de la part de l'État sur le territoire duquel le crime a été commis. Le procureur général a ouvert l'information judiciaire 23 jours avant l'envoi de cette demande par le gouvernement émirien. Par conséquent, l'acte d'accusation est nul.

La Chambre criminelle ne suit pas la défense dans son raisonnement. Elle interprète elle-même l'article 41 de la convention de coopération. La demande de l'État intéressé ne constitue pas une condition pour la légalité de la poursuite, mais elle constitue une simple invitation pour entamer un travail de coordination pour garantir l'efficacité du traité[1331].

**557. Juridictions pénales spéciales.** La compétence d'interprétation n'a pas été exclusivement relevée dans la pratique des juridictions pénales ordinaires, mais également dans celle des juridictions spécialisées. La Cour suprême militaire est une juridiction répressive compétente pour juger, entre autres, les infractions commises contre les personnes visées par le Code de justice militaire, à l'occasion de l'exercice de leurs fonctions (art. 7 du Code de justice

1329 Cass. Crim. (Egy), 12 avril 1955, Req. n° 1227, année judiciaire 24, consulté sur : *eastlaws.com*.

1330 Cass. Crim. (Egy), 4 mars 2010, Req. n° 10664, année judiciaire 79, consulté sur : *cc.gov.eg*.

1331 *Ibid.*

militaire)[1332]. Un diplomate étranger a été poursuivi devant la juridiction militaire pour tentative de meurtre sur la personne d'un responsable militaire égyptien. L'accusé a invoqué l'incompétence de la Cour au regard de l'immunité diplomatique dont il jouit en vertu de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques de 1961. Le ministère des Affaires étrangères avait adressé une lettre aux autorités d'enquête pour valoir comme levée de l'immunité juridictionnelle. Au titre de l'article 41 de la convention, les diplomates sont tenus de respecter « *les lois et les règlements de l'État accréditaire* ». Le ministère des Affaires étrangères a considéré que le comportement de l'accusé constitue une menace pour la sécurité de l'Égypte, la tentative de meurtre justifiant la levée de l'immunité.

Or, l'article 41 de la convention précise, dans ses premiers mots, que le devoir de respect des lois et règlements de l'État accréditaire est sans incidence sur les privilèges et immunités garantis par le traité. Devant cette confusion, la Cour suprême militaire a affirmé que « *son devoir implique d'étudier les règles de cette convention et d'interpréter les dispositions qui le nécessitent afin de les appliquer au cas d'espèce* »[1333]. Par la suite, la Cour déclare son incompétence à l'égard de l'accusé, considérant ainsi que l'interprétation du pouvoir exécutif n'est pas obligatoire.

### B. UNE ÉVOLUTION DANS LA JURISPRUDENCE PÉNALE FRANÇAISE : L'OFFICE DU JUGE PÉNAL

**558.** En 1994, la pratique française de renvoi au ministre des Affaires étrangères pour l'interprétation des conventions internationales a été jugée contraire à l'exigence du droit à un tribunal indépendant. Dans les motifs, seul mérite « *l'appellation de tribunal au sens de l'article 6 par. 1 un organe jouissant de la plénitude de juridiction et répondant à une série d'exigences telles que l'indépendance à l'égard de l'exécutif comme des parties en cause* »[1334]. Le Conseil d'État et les autres formations de la Cour de cassation ont rapidement réagi à cette condamnation. C'est ainsi que la Chambre civile affirme qu'il est de l'office du juge « *d'interpréter les traités internationaux invoqués dans la cause soumise à son examen, sans qu'il soit nécessaire de solliciter l'avis d'une autorité non juridictionnelle* »[1335].

**559. Une évolution implicite.** Cet « *archaïsme corrupteur de l'état de droit* »[1336], comme le qualifie Denis Alland, a persisté dans la position de principe de la Chambre criminelle, l'isolant de la jurisprudence du Conseil d'État et des autres formations de la Cour de cassation. Cependant, une évolution était perceptible « *puisque, par un arrêt du 30 mars 1999 […], la chambre criminelle*

---

1332 Cette disposition rappelle l'article L. 121-7 du Code français de justice militaire selon lequel : « Sont justiciables des juridictions de Paris spécialisées en matière militaire tous auteurs ou complices d'une infraction contre les forces armées françaises ou contre leurs établissements ou matériels, si elle est réprimée par la loi pénale française ».

1333 Cour suprême militaire (Egy), Req. n° 7, année 1976, cité dans ELKAHWAGY Aly, *op. cit.*, p. 114.

1334 CEDH, 24 novembre 1994, *Beaumartin c. France*, *D.* 1995, p. 273, note PRÉLOT.

1335 Cass. Civ., 19 décembre 1995, *B.* n° 470, p. 326.

1336 ALLAND Denis, « Jamais, parfois toujours. Réflexions sur la compétence de la Cour de cassation en matière d'interprétation des conventions internationales », *op. cit.*, p. 601.

*avait reconnu qu'en l'espèce les juges du fond avaient justifié leur solution par une exacte interprétation des dispositions d'une convention internationale (en l'espèce, la Convention franco-sénégalaise du 29 mars 1974 relative à la coopération en matière judiciaire)* »[1337]. Dans un autre arrêt datant de la même année, la Chambre criminelle félicite la chambre d'accusation de la Cour d'appel de Paris d'avoir « *fait l'exacte interprétation des textes conventionnels visés au moyen* »[1338], en l'occurrence l'article 7 de la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale du 20 avril 1959.

**560. Une consécration explicite.** Quelques années plus tard, la Chambre criminelle aligne explicitement sa position sur celle des autres formations de la Cour de cassation et sur celle du Conseil d'État. La défense a bien résumé l'idée jusqu'alors conçue sur la compétence du juge pénal dans l'interprétation des traités internationaux :

> « Alors que les juridictions répressives sont radicalement incompétentes pour procéder à l'interprétation de traités et conventions internationales, seul le ministre des Affaires Étrangères étant habilité à le faire, de sorte que la Cour […] a, en prétendant ainsi interpréter le sens et la portée de cet article, porté atteinte au principe de la séparation des pouvoirs et privé sa décision de toute base légale ».

En l'espèce, la chambre correctionnelle de la Cour d'appel de Basse-Terre a déduit des termes de l'article 3 du Protocole[1339] annexé au Traité du 10 août 1877, par lequel la Suède a rétrocédé l'île de Saint-Barthélémy à la France, qu'il n'avait ni pour objet ni pour effet de conférer un droit d'exemption définitif de l'impôt sur le revenu et l'impôt sur les sociétés aux habitants de cette île. Pour confirmer la condamnation des intéressés pour fraude fiscale, la Chambre criminelle précise qu'« *il est de l'office du juge d'interpréter les traités internationaux invoqués*

---

1337 LACHAUME Jean-François, « Droit international et juridiction judiciaire », *Dalloz Répertoire de droit international*, décembre 2013, n° 109. V. Cass. Crim., 30 mars 1999, *B.* n° 60, p. 155.

1338 Cass. Crim., 27 mai 1999, *B.* n° 110, p. 293. V. MASSÉ Michel, « Actualité juridique de l'entraide judiciaire internationale », *RSC* 2001, p. 896-897 : « dans l'espèce jugée le 27 mai 1999 (Bull. n° 110), la personne mise en examen, selon une procédure qui ne lui imposait pas de déclarer une adresse en France, avait déposé une requête en annulation de certains actes de cette procédure. La notification de la date d'audience de la chambre d'accusation avait été adressée directement à cette personne qui résidait en Grande-Bretagne et dont l'adresse était connue. Or elle se plaignait d'avoir été ainsi contactée... La chambre criminelle approuve la cour d'appel pour qui l'avis d'audience - « acte de procédure au sens de l'article 7 de la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale du 20 avril 1959 » - aurait effectivement dû être acheminé selon les voies prévues par cette convention : de ministère de la Justice à ministère de la Justice, puis notification au destinataire par les autorités de l'État requis. C'est faire prévaloir, entre pays signataires, les procédures internationales dès lors qu'elles existent. On ne saurait s'en plaindre. Mais on ne peut s'empêcher d'y voir un excès de zèle, aux conséquences pratiques fâcheuses de surcroît, dès lors que l'article 7 en question ne contient pas d'autre engagement que celui-ci : « La Partie requise procédera à la remise des actes de procédure et des décisions judiciaires qui lui seront envoyés à cette fin par la Partie requérante ». Il est donc bien clair que dans cette affaire, la convention n'a pas été violée, ni par le Royaume-Uni, qui n'avait reçu aucun acte à transmettre, ni par la France, requérant potentiel dont les juges ont fait un requérant obligé ».

1339 « La France succède aux droits et obligations résultant de tout acte régulièrement fait par la Couronne de Suède ou en son nom pour des objets d'intérêt public ou domanial concernant spécialement la colonie de Saint-Barthélémy et ses dépendances ».

*dans la cause soumise à son examen, sans qu'il soit nécessaire de solliciter l'avis d'une autorité non juridictionnelle* »[1340].

**561.** Avec cet arrêt, la Chambre criminelle tourne la page sur l'ancienne doctrine par laquelle le juge pénal était tenu de poser une question préjudicielle au gouvernement pour l'interprétation des normes internationales pénalement effectives. Désormais, le juge pénal s'approprie complètement le devoir d'interprétation des traités. Les stades d'évolution de la question en droit français démontrent encore une fois la centralité du rôle du juge pénal dans le sujet de l'étude.

1340 Crim., 11 février 2004, *B.* n° 37, p. 150 ; *RSC* 2005, p. 574, note MATSOPOULO. V. également Cass. Crim., 15 janvier 2014, *B.* n° 11 ; *RSC* 2014, p. 127, note DANET ; *D. Actualité*, 31 janvier 2014, note WINCKELMULLER ; *Droit pénal*, n° 7-8, Juillet 2014, n° 113, comm. MARON et HAAS ; *AJ Pénal* 2014, p. 243, note DE NAYVES.

## SECTION II.
## LA DÉFÉRENCE DUE PAR LE JUGE PÉNAL À L'INTERPRÉTATION D'INSTANCES ÉTRANGÈRES

**562.** Les conventions internationales sont conçues pour uniformiser le droit interne des différentes parties contractantes en matière de lutte contre la criminalité, de droits individuels ou de règles de poursuite et de coopération interétatique. Toutefois, il n'existe pas d'organe central supranational pour unifier l'interprétation des normes internationales. Chaque État garde sa liberté d'interprétation à travers son propre système de justice. Cette réalité constitue une contradiction entre l'objectif théorique du droit conventionnel en matière pénale et son fonctionnement « *sur le terrain* ».

**563.** En l'absence d'une instance supranationale, il semble que les juridictions répressives internes comblent le vide en s'efforçant d'harmoniser leur interprétation des normes internationales pénalement effectives. Des réseaux d'influence sont ainsi tissés formant une sorte de « *communauté globale de tribunaux* »[1341]. Le juge pénal défère parfois à des interprétations juridictionnelles (§ 1) ; d'autre fois à l'interprétation d'organismes internationaux (§ 2). La valeur juridique de cette déférence n'est pas toujours évidente. Toutefois, ce « *dialogue judiciaire transnational* »[1342] joue un rôle important dans l'application harmonisée des conventions internationales en matière pénale.

### § 1. LES INTERPRÉTATIONS JURIDICTIONNELLES

**564.** La première analyse est focalisée sur la déférence due par le juge pénal aux interprétations juridictionnelles des normes internationales pénalement effectives. Deux séries de juridictions ont été relevées. Dans un premier temps, nous étudions la place des arrêts de la Cour internationale de justice dans l'interprétation des normes conventionnelles (A). Dans un deuxième temps, nous sommes intéressés par l'influence de l'interprétation des dispositions internationales fournie par d'autres juridictions répressives nationales (B).

#### A. L'INTERPRÉTATION DE LA COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE

**565. Un débat vif aux États-Unis.** À titre liminaire, il est assez intéressant de noter que le ministère des Affaires étrangères des États-Unis avait préparé en 1976 une étude conçue pour

1341 SLAUGHTER Anne-Marie, « A global community of Courts », 44 *Harvard Journal of International Law* 191 (2003).

1342 WATERS Melissa, « Mediating norms and identity: the role of transnational judicial dialogue in creating and enforcing International Law », 93 *The Georgetown Law Journal* 487 (2005).

« *élargir l'accès à la Cour internationale de justice* »[1343]. Parmi les recommandations apportées, les auteurs ont proposé l'institution d'une question préjudicielle d'interprétation[1344]. En application de cette procédure, les juridictions pénales internes peuvent saisir la Cour international de justice pour solliciter son interprétation de dispositions internationales soulevées durant la procédure avant de rendre leur décision. Il s'agit d'un moyen pour harmoniser le droit international appliqué par les juges nationaux. Or, aucune action internationale n'a encore été adoptée pour effectuer cette recommandation[1345].

**566. La position de la Cour suprême et de la doctrine.** En l'état, la Cour suprême fédérale des États-Unis a déterminé la valeur de l'interprétation conventionnelle fournie par la CIJ. Si la Cour trouve qu'elle doit une déférence à l'interprétation supranationale, cette dernière n'est pas obligatoire. Cette affirmation est motivée par une certaine compréhension du rôle des tribunaux nationaux : « *pour que les traités produisent un effet semblable à la loi fédérale dans notre système judiciaire, la détermination de leur sens […] est clairement du domaine et du devoir du pouvoir judiciaire* »[1346]. Cependant, un courant de la doctrine américaine refuse toute déférence à l'interprétation d'une juridiction internationale. Cette position est justifiée par le principe de la souveraineté et par la primauté de la Constitution américaine sur les traités[1347]. Tout en admettant que les autorités peuvent déléguer la Cour internationale de justice dans l'interprétation de certains traités, ce courant doctrinal affirme que la valeur obligatoire de l'interprétation est cantonnée au niveau international[1348]. Le juge pénal américain garde sa liberté et son devoir dans l'interprétation des normes internationales pénalement effectives.

**567. Les adversaires de l'opinion majoritaire.** À notre sens, l'argument de délégation de la compétence d'interprétation des normes internationales est indûment cantonné au niveau international. Il est intéressant de lire qu'une minorité des juges de la Cour suprême précise qu'il faut « *accorder une considération respectueuse à l'interprétation d'une convention internationale rendue par une juridiction internationale compétente* »[1349]. Pour le juge Breyer, la justification de cette motivation réside dans la délégation de pouvoir consacrée par traité[1350]. Selon la Constitution américaine, les tribunaux fédéraux exercent un pouvoir judiciaire exclusif. Toutefois, rien

---

1343 « United States: Department of State study on widening access to the International Court of Justice », *International Legal Materials*, vol. 16 n° 1, p. 187-206.

1344 *Ibid.*, p. 205.

1345 ROGOFF Martin, « Interpretation of international agreements by domestic courts and the politics of international relations: reflections on some recent decisions of the United States Supreme Court », *op. cit.*, p. 610.

1346 *Sanchez-Llamas v. Oregon*, 548 U.S. 331 (2006).

1347 GLASHAUSSER Alex, *op. cit.*, p. 71. V. plus généralement, WEISBURD Mark, « International Courts and American Courts », 21 *Mich. J. Int'l L.* 877 (2000).

1348 *Ibid.*, p. 75.

1349 *Breard v. Green*, 523 U.S. 371 (1998). Pour une analyse détaillée, V. SASTRE Michel, « La conception américaine de la garantie judiciaire de la supériorité des traités sur les lois (à propos de la décision *Breard v. Greene* de la Cour suprême des États-Unis du 14 avril 1998) », *RGDIP* 1999, p. 147-168.

1350 *Torres v. Mullin*, 157 L.Ed.2d 454 (2003) [Breyer, dissenting].

n'empêche les autorités fédérales de déléguer une partie de ce pouvoir, dans un cas spécifique, à d'autres juridictions supranationales[1351].

**568.** S'alignant sur cette opinion minoritaire, certaines juridictions répressives locales ont déféré à l'interprétation de l'article 36 de la Convention de Vienne donnée par la juridiction supranationale. Dans *Torres v. State*, la Cour des appels criminels d'Oklahoma a pris en compte un critère posé par une décision de la Cour internationale de justice pour déterminer s'il y a eu une violation de la Convention de Vienne sur les relations consulaires. En 2004, la Cour supranationale a précisé que le contrôle juridictionnel doit déterminer si « *dans chaque cas la violation de l'article 36 commise par les autorités compétentes a en fait, dans le cours de l'administration de la justice pénale, causé un préjudice à l'intéressé* »[1352]. C'est ainsi que la juridiction répressive de l'État fédéré adopte le « *test de préjudice* » pour se conformer « *à la directive de l'arrêt de la Cour internationale de justice* »[1353]. Après avoir précisé que l'accusé n'a pas apporté la preuve de ce préjudice durant la phase d'enquête, le motif fondé sur la nullité de l'acte d'accusation est refusé.

**569. La déférence comme obligation conventionnelle.** Pour réunir tous les éléments nécessaires à la réponse à la question de déférence à la CIJ, il faut préciser que les États-Unis ont ratifié la Charte des Nations Unies. L'article 94 stipule que « *chaque Membre des Nations Unies s'engage à se conformer à la décision de la Cour internationale de Justice dans tout litige auquel il est partie* ». Le gouvernement américain a accepté la compétence de la Cour internationale de justice pour résoudre les conflits relevant de l'interprétation de plusieurs instruments internationaux, dont la Convention de Vienne sur les relations consulaires. En ratifiant le Protocole de signature facultative (1963), les États-Unis ont accepté que :

> « Les différends relatifs à l'interprétation ou à l'application de la Convention relèvent de la compétence obligatoire de la Cour internationale de Justice, qui, à ce titre, pourra être saisie par une requête de toute partie au différend qui sera elle-même partie au présent Protocole ».

Cet ensemble textuel donne l'impression qu'il existe, pour le juge pénal américain, une obligation internationale de déférence à la Cour internationale de justice dans ce contexte déterminé[1354].

**570.** Cette obligation conventionnelle a été invoquée devant la Cour suprême dans *Medellin v. Texas*. Le condamné à la peine de mort fait partie des cinquante et un ressortissants ayant donné lieu

---

1351 *Ibid.*

1352 CIJ, 31 mars 2004, *Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt, *CIJ Recueil* 2004, p. 60.

1353 *Torres v. State*, 120 P.3d 1184 (Okl. 2005).

1354 Pour Emily Bremer, la déférence à l'interprétation de la Cour international de justice est primordiale pour la raison que la Convention de Vienne sur les relations consulaires fait partie du « régime des traités dynamiques ». V. BREMER Emily, « The dynamic last-in-time rule », 22 *Ind. Int'l & Comp. L. Rev.* 27 (2012). Pour approfondir la question, V. LANKARANI Leila, « Le rôle de la Cour internationale de justice en matière pénale », *in* MALABAT Valérie (dir.), *Juge national, européen, international et droit pénal*, Actes de la journée d'étude organisée le 24 juin 2011 par l'Institut de Sciences Criminelles et de la justice de Bordeaux, Cujas, 2012, p. 41-60.

à l'arrêt *Avena* de la Cour internationale de justice. La juridiction supranationale a interprété l'article 36 de la Convention de Vienne sur les relations consulaires comme conférant un droit subjectif aux ressortissants étrangers, dont la violation impose « *le réexamen et la révision des verdicts de culpabilité rendus et des peines prononcées* ». Or, la Cour suprême a considéré que la rédaction de l'article 94 de la Charte des Nations Unies ne soutient pas ce résultat. La formule « *s'engage à se conformer* » signifie que le texte n'est pas « *complet* » au sens qu'on a posé dans la première partie ; il n'est pas doté d'effectivité pénale. L'article 94 nécessite donc une intervention législative pour lui donner son plein effet.

**571. Une discussion plus rare en France.** Un exemple de « *l'utilisation d'un arrêt de la Cour en vue d'interpréter une règle conventionnelle* »[1355] est présenté par un arrêt du 4 mars 1954. Dans les faits, deux citoyens américains, demeurant au Maroc, ont fait l'objet d'une information au tribunal de Casablanca, juridiction française à l'époque des faits. Ils étaient poursuivis pour avoir violé la législation des changes en exportant des chèques sans l'autorisation administrative exigée. Pour contester la compétence des juridictions françaises, les accusés invoquent, entre autres, l'article 102 de l'Acte d'Algésiras du 7 avril 1906 selon lequel, en matière douanière, « *toute confiscation, amende ou pénalité devra être poursuivie, pour les étrangers, par la juridiction consulaire* ». Pour la défense, l'immunité des ressortissants américains en la matière devant les juridictions marocaines est affirmée « *par l'arrêt de la Cour internationale de Justice de La Haye du 27 août 1952* »[1356].

La Cour de cassation ne suit pas le raisonnement de la défense. Pour la Chambre criminelle, c'est à bon droit que le juge d'instruction de Casablanca s'est déclaré compétent. Par ailleurs, cette déclaration de compétence est conforme à l'interprétation de la Convention d'Algésiras « *résultant […] de l'arrêt de la Cour internationale de Justice du 27 août 1952* »[1357].

**572. Le cas d'une obligation conventionnelle de déférence.** Dans une affaire plus récente, c'est une obligation conventionnelle de déférence à l'interprétation de la Cour internationale de Justice qui a été invoquée par l'intéressé devant la Chambre criminelle[1358]. Dans les faits, l'inculpé se pourvoit contre un arrêt de la chambre d'accusation de Paris ayant rejeté sa demande de mise en liberté. En sa qualité de conseiller spécial de la République du Bénin, il a invoqué le bénéfice de l'immunité diplomatique en vertu de l'article 40 de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques qui réglemente « *minutieusement* » la question du transit

---

1355 PALOMBINO Fulvio, « Les arrêts de la Cour internationale de Justice devant le juge interne », *AFDI* 2005, vol. 51, p. 133.

1356 Cass. Crim., 4 mars 1954, *B.* n° 102, p. 182. V. MURACCIOLE Luc, « Jurisprudence française relative au droit international public (année 1954) », *AFDI* 1955, vol. 1, p. 540 et 548 et s.

1357 *Ibid.* V. *Affaire relative aux droits des ressortissants des États-Unis d'Amérique au Maroc*, 27 août 1952, arrêt, *CIJ Recueil 1952*, p. 176.

1358 Cass. Crim., 4 janvier 1990, *B.* n° 5, p. 10. Un auteur analyse l'arrêt avec une problématique différente. V. JEANDIDIER Wilfrid, « La présomption d'innocence ou le poids des mots », *RSC* 1991, p. 49.

des agents diplomatiques dans un État tiers[1359]. La chambre d'accusation estime que, selon les conditions de l'article 40, l'inculpé n'est pas fondé à revendiquer son immunité.

Dans son pourvoi, l'intéressé s'appuie sur le protocole additionnel à la Convention de Vienne du 18 avril 1961. Ce protocole a été ratifié par la France le 31 décembre 1970. Dans son article premier, il est stipulé que « *les différends relatifs à l'interprétation ou à l'application de la Convention relèvent de la compétence obligatoire de la Cour internationale de Justice* ». Ainsi, selon le moyen, la chambre d'accusation a interprété elle-même l'article 40 de la Convention de Vienne et par le fait, « *a […] excédé ses pouvoirs et entaché sa décision d'une incompétence* ».

Pour répondre au moyen, la Chambre criminelle ne se prononce pas sur l'obligation conventionnelle de déférence à l'interprétation de la Cour internationale de Justice. Plutôt, elle considère « *qu'aucune interprétation des dispositions de cette Convention internationale n'était nécessaire* »[1360]. Partant, il n'est pas excessif de conclure, *a contrario*, que le juge pénal est tenu de déférer à l'interprétation d'une disposition internationale donnée par la juridiction supranationale dans le cas où il existe une obligation conventionnelle imposant cette procédure.

### B. L'INTERPRÉTATION D'AUTRES JURIDICTIONS RÉPRESSIVES NATIONALES

**573. La question en droit international.** La section 3 de la Convention de Vienne sur le droit des traités établit les règles de l'« *interprétation des traités* ». Parmi les éléments utilisés dans cet exercice, le traité rappelle les parties contractantes dans l'article 31 qu'« *il sera tenu compte […] de toute pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité* ». Cette « *pratique* » est comprise comme la jurisprudence pénale comparée qui applique le même texte international. Même si les arrêts étudiés ne citent jamais cette directive de la Convention de Vienne, il nous semble qu'un souci d'harmonisation et d'unicité dans l'interprétation des normes internationales incite le juge pénal à prendre en compte le travail de ses collègues étrangers. Dépourvue de valeur obligatoire pour le juge, cette déférence contribue néanmoins à une coordination des efforts internationaux dans la lutte contre les phénomènes criminels internationaux et le rapprochement des notions de droits fondamentaux en matière pénale.

**574. Droit américain.** Dans une ancienne affaire pénale, une infraction avait été commise sur un navire commercial belge dans le port du New Jersey. En vertu d'une convention conclue en 1880 entre les deux pouvoirs, le Consul belge détient une compétence exclusive pour

---

1359 « Si l'agent diplomatique traverse le territoire ou se trouve sur le territoire d'un État tiers, qui lui a accordé un visa de passeport au cas où ce visa est requis, pour aller assumer ses fonctions ou rejoindre son poste, ou pour rentrer dans son pays, l'État tiers lui accordera l'inviolabilité et toutes autres immunités nécessaires pour permettre son passage ou son retour. Il fera de même pour les membres de sa famille bénéficiant des privilèges et immunités qui accompagnent l'agent diplomatique ou qui voyagent séparément pour le rejoindre ou pour rentrer dans leur pays ».

1360 Cass. Crim., 4 janvier 1990, *op. cit.*

poursuivre ces infractions, par exception au principe de la territorialité (art. 11). Toutefois, si l'infraction trouble l'ordre public dans le port ou la ville, les autorités locales regagnent leur compétence pénale pour poursuivre ladite infraction. Pour bien définir le critère de trouble à l'ordre public, la Cour suprême fédérale s'inspire de « *la pratique en France* »[1361]. Une convention franco-américaine de 1853 contient une clause quasiment identique (art. 8) à celle trouvée dans le traité entre les États-Unis et la Belgique. Pour conforter leur raisonnement, les juges américains font référence à l'interprétation de la Cour de cassation, « *le tribunal judiciaire suprême de la France* »[1362]. À ce stade-là, la Cour suprême ne détermine pas la valeur de la déférence dans le cas d'espèce. Dans une affaire d'importation de stupéfiants, une juridiction fédérale fait référence à une décision anglaise pour l'interprétation d'une norme internationale relative à la compétence pénale à l'égard d'un navire sans nationalité[1363], sans mention de la valeur de cette déférence.

**575.** Plus récemment, la jurisprudence américaine s'est explicitement prononcée sur la question de la déférence à l'interprétation d'autres juridictions nationales. Dans *Benjamins v. British European Airways*, les juges fédéraux ont précisé que l'interprétation d'un traité, donnée par les juridictions d'autres Parties contractantes, jouit d'un « *poids considérable* »[1364] dans la détermination de leur choix interprétatif. Cette formule a été reprise par la Cour suprême fédérale dans l'arrêt emblématique *Air France v. Saks*[1365]. Pour interpréter l'article 17 de la Convention de Varsovie pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international, la Cour suprême fait référence à des citations complètes d'arrêts de la Cour d'appel de Paris et de la Cour de cassation[1366]. Toutefois, le juge fédéral insiste qu'il ne soit pas tenu de suivre l'interprétation de la juridiction étrangère[1367].

L'attention de la Cour suprême à l'interprétation d'autres juridictions nationales a donné lieu à d'autres formules. Dans *Zicherman v. Korean Air Lines Co.*, elle considère « *la compréhension*

---

1361 *Mali v. Keeper of the Common Jail of Hudson County*, 120 U.S. 1 (1887).

1362 *Ibid.* La citation exacte utilisée par la Cour suprême est la suivante : « 1 Ortolan, Diplomatie de la Mer (4th Ed.) 455, 456; Sirey, (N. S.) 1859, p. 189 ».

1363 *United States v. Cortes*, 588 F.2d 106 (5th Cir. 1979). La décision citée est celle du Privy Council : *Mohvan v. Attorney General for Palestine*, 1948 A.C. 351 : « no […] breach of international law can arise, if there is no State under whose flag the vessel sails ».

1364 *Benjamins v. British European Airways*, 572 F.2d 913 (2nd Cir. 1978).

1365 *Air France v. Saks*, 470 US 392 (1985). V. également, *El Al Israel Airlines v. Tsui Yuan Tseng*, 525 US 155 (1999) : « Decisions of the courts of other Convention signatories, including the House of Lords opinion already noted, corroborate the Court's understanding of the Convention's preemptive effect. Such decisions are entitled to considerable weight ».

1366 « *Air France v. Haddad*, *Judgment of June 19*, 1979, Cour d'appel de Paris, Premiere Chambre Civile, 1979 Revue Francaise de Droit Aerien 327, 328, *appeal rejected*, *Judgment of February 16*, *1982*, Cour de Cassation, 1982 Bull.Civ. I 63 ». Pour l'arrêt de la Cour de cassation, la Cour suprême américaine s'est trompée dans la référence. Il s'agit du n° 73 au lieu du n° 63.

1367 V. *In re West Caribbean Airways*, 2012 WL 1884684 (S.D. Florida): « While the Cour de Cassation may interpret the Montreal Convention as it sees fit, this Court is not obligated to accept that interpretation ».

*postérieure à la ratification* » comme « *aide à l'interprétation* »[1368]. C'est ainsi que la Cour cite une décision de la Cour d'appel du Québec pour soutenir son interprétation de l'article 17 de la Convention de Varsovie[1369]. Dans *Chan v. Korean Air Lines*, la Cour suprême « *est d'accord avec l'opinion de la Cour suprême du Canada* »[1370] à l'égard de l'interprétation d'un autre article de la Convention de Varsovie.

**576.** On a déjà évoqué les conflits de l'article 36 de la Convention de Vienne sur les relations consulaires et la question de *remedy* en droit américain[1371]. La question d'interprétation qui s'est posée devant les cours fédérales était de savoir si la Convention de Vienne permettait l'exclusion de preuve comme remède à la violation du droit de notification consulaire. Pour répondre par la négative, la Cour fédérale d'appel du 9ème Circuit cite l'arrêt d'une juridiction australienne ayant interprété la norme internationale en question en lui refusant tout effet sur les procédures d'enquête[1372]. Cette déférence permet, selon la Cour fédérale, de promouvoir « *l'harmonie dans l'interprétation d'un accord international* »[1373].

**577. Droit égyptien.** Il est intéressant de noter que la Convention de Varsovie pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international a également donné lieu à une déférence à l'interprétation d'une juridiction étrangère de la part du juge égyptien. Pour déterminer la responsabilité du transporteur aérien selon l'article 18 du traité, la Cour de cassation égyptienne fait référence à « *l'interprétation constante de la justice américaine* » et aux « *conclusions de la justice française* »[1374]. Même si la Cour de cassation ne détermine pas la valeur de l'interprétation étrangère, son approche s'inscrit dans un dialogue judiciaire transnational dont l'instrument est les conventions internationales comme texte juridique commun entre différents juges nationaux.

## § 2. L'INTERPRÉTATION D'ORGANISMES INTERNATIONAUX DEVANT LE JUGE PÉNAL

**578.** Quand des organismes spécifiques sont associés à la négociation, à la rédaction ou au contrôle de certaines conventions internationales, il semble que le juge pénal prête plus d'attention à leur contribution dans son interprétation des normes internationales pénalement effectives.

---

1368 *Zicherman v. Korean Air Lines Co.*, 516 U.S. 217 (1996).

1369 *Ibid.*

1370 *Chan v. Korean Air Lines*, 490 US 122 (1989). V. également, *Eastern Airlines Inc. v. Floyd*, 499 U.S. 530 (1991): « nous reconnaissons la déférence due à l'interprétation de l'article 17 par la Cour israélienne ».

1371 V. *supra* n° 468 et s.

1372 *R v. Abbrederis*, 36 A.L.R 109 (1981).

1373 *United States v. Lombera-Camorlinga*, 206 F.3d 882 (9th Cir. 2000); repris dans *United States v. Jimenez-Nava*, 243 F.3d 192 (5th Cir. 2001). Pour une jurisprudence pénale locale du même registre, V. *Young Bok Song v. Carlton*, 2011 WL 900059 (Tenn. Crim. App. Mar. 16, 2011) : « the petitioner cited to no authority where any country remedies violations of the Vienna Convention through its criminal justice system ».

1374 Cass. Civ. (Egy), 30 janvier 1989, Req. n° 1537, année judiciaire 52, consulté sur: cc.gov.eg.

L'examen de la jurisprudence pénale comparée a démontré une déférence à trois organismes internationaux : le Comité des droits de l'homme (A), le Comité international de la Croix-Rouge (B) et la Commission de droit international (C). Si l'interprétation de ces instances est « *respectée* », elle n'a pas de valeur obligatoire pour le juge pénal. Cette approche est communément utilisée par les juridictions américaines, plus rarement par les juridictions égyptiennes. À notre connaissance, le juge pénal français n'a pas eu l'occasion d'y recourir.

### A. Le Comité des droits de l'homme et le Pacte international relatif aux droits civils et politiques

**579.** Dans *Maria v. McElroy*, une Cour fédérale a indiqué que les commentaires du Comité des droits de l'homme et les décisions individuelles de cette instance « *sont reconnus comme une source majeure pour l'interprétation du Pacte international relatif aux droits civils et politiques* »[1375]. Cette prise de position a été réitérée dans un autre arrêt pénal où se posait la question de l'interprétation du principe *ne bis in idem* consacré par l'article 14 dudit Pacte. Dans les faits, un individu est poursuivi pour chef de tentative de meurtre dont étaient victimes deux agents de la *Drug Enforcement Agency*. L'accusé avance avoir été déjà condamné pour les mêmes faits en Colombie. Ainsi, il ne peut être poursuivi une nouvelle fois par les juridictions pénales américaines en application de l'article 14-7 du Pacte. Pour lui répondre, les juges fédéraux font référence à l'interprétation donnée à cette disposition internationale par le Comité des droits de l'homme, « *l'organe chargé de surveiller la mise en œuvre* »[1376] du Pacte. Selon cet organisme, l'article 14-7 ne consacre pas un caractère international pour le principe *ne bis in idem*. Il doit être compris comme « *référant exclusivement à la relation entre décisions judiciaires au sein d'un même État et non pas entre différents États* »[1377].

### B. Le Comité international de la Croix-Rouge et le droit international de la guerre

**580.** On a déjà évoqué l'affaire du Général Noriega qui a été arrêté après l'invasion du Panama[1378]. Poursuivi pour des infractions liées au trafic de stupéfiants, Noriega conteste la légalité de son incarcération dans une prison fédérale sur le fondement de l'article 22 de la Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre[1379]. Selon cette disposition internationale :

---

1375 *Maria v. McElroy*, 68 F.Supp.2d 206 (EDNY 1999): « the Human Rights Committee's General Comments and decisions in individual cases are recognized as a major source for interpretation of the ICCPR».

1376 *United States v. Duarte-Acero*, 208 F.3d 1282 (11th Cir. 2000).

1377 *Ibid.*

1378 V. *supra* n° 444.

1379 *United States v. Noriega*, 808 F. Supp. 791 (S.D. Fla. 1992).

> « Les prisonniers de guerre ne pourront être internés que dans des établissements situés sur terre ferme et présentant toutes garanties d'hygiène et de salubrité ; sauf dans des cas spéciaux justifiés par l'intérêt des prisonniers eux-mêmes, ceux-ci ne seront pas internés dans des pénitenciers ».

**581.** Se considérant comme prisonnier de guerre, Noriega s'adresse à la Cour fédérale pour demander sa libération. Pour interpréter le terme « *internement* » et déterminer la légalité de l'incarcération, les juges ont eu recours aux Commentaires des Conventions de Genève publiés par la Croix Rouge. Tout en admettant que ces commentaires sont dépourvus de force légale, les juges les reconnaissent comme « *une autorité universellement respectée pour l'interprétation des conventions de Genève* »[1380]. Est également évoquée la contribution des auteurs des Commentaires à la négociation et la rédaction du traité objet d'interprétation.

Par référence à la publication de la Croix Rouge, la juridiction pénale précise que la notion d'internement ne doit pas être confondue avec celle de détention. « *L'internement s'accompagne de l'obligation de ne pas sortir d'une ville, d'un village, de l'espace de terrain, clôturé ou non, sur lequel se trouvent les installations du camp, mais non nécessairement de rester dans une cellule ou dans une chambre. Seule l'application des sanctions pénales ou disciplinaires, dont les conditions sont exactement définies au Chapitre III de la Section VI, peut légitimer cet emprisonnement* »[1381]. Le renvoi à l'interprétation de l'organisme international a permis à la Cour fédérale de conclure que la distinction entre les notions légitime l'emprisonnement de Noriega dans le pénitencier fédéral.

**582.** La « *considération respectueuse* » due aux Commentaires de la Croix Rouge, dans l'interprétation de la Convention de Genève, a été ultérieurement confirmée par la Cour suprême fédérale dans *Hamdan v. Rumsfeld*. La Cour suprême a considéré que les commissions militaires, établies par Georges Bush pour juger les ennemis combattants d'Al-Qaïda, étaient contraire à l'article 3 commun aux conventions de Genève[1382]. Cette disposition exige qu'un jugement de condamnation soit « *rendu par un tribunal régulièrement constitué, assorti des garanties judiciaires reconnues comme indispensables par les peuples civilisés* ».

Pour interpréter l'expression « *tribunal régulièrement constitué* », la juridiction suprême fait référence à la publication de la Croix Rouge, « *pertinente dans l'interprétation des dispositions des conventions* »[1383]. Selon cette référence, la Convention exclut « *nettement* » tout tribunal d'exception. Il est également précisé que la compétence pénale revient aux tribunaux militaires ordinaires « *organisés conformément aux principes généralement reconnus en matière d'administration de la justice* ». La poursuite et le jugement devant les commissions militaires présidentielles, juridictions d'exception, sont contraires aux obligations internationales des États-Unis sous l'article 3 commun. Le résultat incarne « *l'approche transnationaliste* »[1384] de la Cour suprême.

---

1380 *Ibid.*, note 6.

1381 *Ibid.*

1382 *Hamdan v. Rumsfeld*, 548 U.S. 557 (2006).

1383 *Ibid.*

1384 SLOSS David, « Schizophrenic Treaty Law », *op. cit.*, p. 21.

### C. La Commission de droit international et la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques

**583.** Les commentaires de la Commission de droit international ont également fait l'objet de citations par les juridictions répressives étudiées. Dans l'affaire d'immunité diplomatique devant la Cour suprême militaire égyptienne, précédemment étudiée, les juges font référence aux commentaires accompagnant le texte pour interpréter l'article 41 de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques. Pour déclarer son incompétence, la juridiction militaire n'hésite pas à suivre l'interprétation de la disposition internationale telle qu'elle est issue du commentaire de la Commission. Dans ce dernier, il est affirmé que « *le fait, pour un agent diplomatique, de manquer à ses obligations n'a pas pour effet de dispenser l'État accréditaire de son devoir de respecter l'immunité de l'intéressé* ».

## CONCLUSION CHAPITRE I

**584.** Le droit international ne s'intéresse pas à la question de la compétence pour interpréter les conventions internationales. Il n'existe pas de règles internationales pour la répartition de la compétence d'interprétation entre les organes étatiques. Le droit international ne s'intéresse qu'au résultat : l'application effective de ses règles. La compétence pour interpréter les traités n'a pas non plus été prévue par les constitutions ou les législations des États comparés.

**585.** Comme les traités constituent des sources de droit pénal interne, il était logique que le juge répressif se proclame compétent en la matière. Or, la nature des traités comme instruments de relations internationales a naturellement influencé cette question. Le juge pénal égyptien se démarque par l'appropriation de la compétence d'interprétation des normes internationales pénalement effectives. Les juridictions répressives aux États-Unis et en France ont suivi deux cours d'évolution opposés. Alors que le juge pénal français s'émancipe et confirme son office interprétatif, son homologue américain semble progressivement renoncer à son indépendance par rapport à l'Exécutif, pour des motifs liés, curieusement, au respect de la séparation des pouvoirs.

**586.** De surcroît, les conventions internationales sont conçues pour uniformiser le droit interne des différentes parties contractantes en matière de lutte contre la criminalité, de droits individuels ou de règles de poursuite et de coopération interétatique. En l'absence d'une instance supranationale, il semble que les juridictions répressives internes s'efforcent d'assurer les objectifs des conventions en se tournant vers les interprétations données par des instances étrangères au système juridique interne. La compétence de la Cour internationale de justice dans l'interprétation de certaines conventions internationales pénalement effectives fait de la juridiction supranationale une source d'inspiration dans l'interprétation du juge national. Cela étant, la pratique démontre une réticence de la part des juges nationaux en la matière, surtout dans le système juridique américain qui a été condamné à deux reprises dans les conflits de l'article 36 de la Convention de Vienne sur les relations consulaires. Le juge pénal interne peut également s'inspirer du travail interprétatif de ses homologues dans les autres États parties à la convention. Ce dialogue judiciaire autour de l'interprétation de textes conventionnels communs tend vers l'harmonisation de son application. De surcroît, dans la mesure où des organismes spécifiques sont associés à la négociation, à la rédaction ou au contrôle de certaines conventions internationales, il semble que le juge pénal prête plus d'attention à leur contribution dans l'exercice de son travail interprétatif.

# CHAPITRE II.

# L'ENCADREMENT DE L'INTERPRÉTATION DU JUGE PÉNAL PAR LES RÉSERVES ATTACHÉES AUX NORMES INTERNATIONALES

**587. Définition des réserves.** D'après l'article 2 de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969, « *l'expression réserve s'entend d'une déclaration unilatérale, quel que soit son libellé ou sa désignation, faite par un État quand il signe, ratifie, accepte ou approuve un traité ou y adhère, par laquelle il vise à exclure ou à modifier l'effet juridique de certaines dispositions du traité dans leur application à cet État* ». Cette définition a été reprise à la lettre par la Cour de cassation française au visa de l'article 2 de la Convention de Vienne, cette dernière « *prise en tant que coutume internationale* »[1385]. De son côté, la Haute Cour constitutionnelle égyptienne adopte une position similaire des effets des réserves sur l'interprétation des normes internationales[1386].

**588. Assimilation aux déclarations interprétatives.** À côté des réserves de l'article 2 de la Convention de Vienne, la pratique internationale a également donné naissance aux déclarations interprétatives[1387] qui « *ont pour objet non d'exclure ou de limiter l'application d'une disposition mais seulement de préciser le sens de celle-ci* »[1388]. Un exemple intéressant de ces déclarations provient des États-Unis à l'égard de l'article 7 des droits civils et politiques. Cette disposition internationale interdit la torture ainsi que les « *peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants* ». À l'occasion de la ratification de cet instrument, une réserve y est rattachée selon laquelle « *les États-Unis se considèrent liés par l'article 7 pour autant que l'expression `peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants' s'entend des traitements ou peines cruels et inaccoutumés interdits par les Cinquième, Huitième et/ou Quatorzième Amendements à la Constitution des États-Unis* ».

**589. Intérêt.** Le régime des réserves aux traités a été conçu pour ouvrir aux États une troisième voie entre l'acceptation complète ou le refus intégral d'une convention internationale. Dans un

---

1385 V. Cass. Civ., 11 juillet 2006, *B. I* n° 378, p. 325 ; *RCDIP* 2007, p. 391, note AUDIT.

1386 HCC (Egy), 2 mars 1996, Req. n° 30, année judiciaire 17, consulté sur : *sccourt.gov.eg*.

1387 Cette terminologie a été utilisée par la Chambre criminelle dans Cass. Crim., 27 novembre 1996, *B.* n° 431, p. 1245.

1388 DAILLIER Patrick, FORTEAU Mathias, QUOC DINH Nguyen, Pellet Alain, *op. cit.*, p. 197. Aux termes du « Guide de la pratique sur les réserves aux traités », adopté par la Commission du droit international en 2011, la définition de la « déclaration interprétative » est donnée sur le modèle de celle de réserve : « une déclaration unilatérale, quel que soit son libellé ou sa désignation, faite par un État ou par une organisation internationale, par laquelle cet État ou cette organisation vise à préciser ou à clarifier le sens ou la portée d'un traité ou de certaines de ses dispositions » (art. 1.2), consulté sur : *legal.un.org*. La doctrine égyptienne semble également accepter cette définition. V. à titre d'exemple, ABDELHAMID Mohamed Sami, *Osoul Al-qanoun Al-dawli Al-'am (Les principes de droit international public)*, Tome 1, Dar Al-jami'a Al-jadida, Alexandrie, 2015, p. 223.

souci d'élargissement du cercle des parties contractantes, surtout « *pour les traités contemporains ouverts, à vocation universelle, il apparaît souhaitable d'obtenir la participation du plus grand nombre possible d'États, quitte à ce qu'il en résulte un morcellement du régime conventionnel et une diminution de sa qualité intrinsèque* »[1389].

**590. Historique.** La pratique des réserves par les États-Unis date de 1795 quand le Sénat discutait du *Jay Treaty* avec la Grande Bretagne. Ce traité a organisé des questions de réclamations, de commerce et de navigation soulevées avec les Britanniques après l'indépendance. Certains sénateurs ont insisté sur la suspension de l'une des dispositions du traité interdisant aux États-Unis de faire du commerce avec les Antilles britanniques. Par un vote 20-10, le Sénat a approuvé le traité sous réserve de cette suspension qui a été acceptée par le gouvernement britannique[1390]. Cette pratique prolifère depuis dans la tradition américaine de conclusion de conventions internationales, une étude estimant à 15% le pourcentage de traités assortis de réserves depuis la genèse de la nation américaine[1391].

Pour les conventions multilatérales, plusieurs auteurs[1392] retracent le développement de cette pratique aux réserves assorties à l'Acte général de Bruxelles du 2 juillet 1890 visant à « *mettre un terme aux crimes et aux dévastations qu'engendre la traite des esclaves africains* » (préambule). La France a exclu de son engagement les textes relatifs au « *droit réciproque de visite* » des navires utilisés dans la traite.

**591. La liberté de formuler des réserves.** En règle générale, une partie contractante est libre de formuler des réserves à son gré[1393]. Les réserves doivent être formulées au moment de la signature ou de la ratification, sauf si la convention prévoit la rare possibilité de réserves « *à tout moment* ». Elles sont faites par écrit et communiquées aux États contractants et aux autres États ayant qualité pour devenir parties à la convention. Les réserves sont formellement confirmées par la procédure de ratification (art. 23 de la Convention de Vienne).

---

1389 CARREAU Dominique, « Traité international », *D.- Répertoire de droit international*, 2010, n° 59.

1390 DALTON Robert, « United States », *in* HOLLIS Duncan et al. (dir.), *National Treaty Law and Practice*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2005, p. 774, note 27.

1391 BRADLEY Curtis, *International Law in the US legal system*, *op. cit.*, p. 35.

1392 LACHS Manfred, « Le développement et les fonctions des traités multilatéraux », *in Recueil des Cours 1957 (Tome 92)*, *Académie de droit international de La Haye*, Kluwer, 1993, p. 297. V. également, DAILLIER Patrick, FORTEAU Mathias, QUOC DINH Nguyen, Pellet Alain, *op. cit.*, p. 197.

1393 Le « rôle discrétionnaire » de l'exécutif, en matière de réserves et de déclarations interprétatives, a été confirmé par le Conseil constitutionnel en France : « la loi organique a prévu, pour la bonne information du Parlement, que les projets de loi tendant à autoriser la ratification ou l'approbation d'un traité ou d'un accord international doivent être accompagnés, le cas échéant, des '*réserves ou déclarations interprétatives exprimées par la France*' ; qu'elle a ainsi visé les réserves exprimées avant le dépôt du projet de loi ; que, par suite, elle ne porte pas atteinte à la liberté du pouvoir exécutif, à l'occasion de la ratification d'un traité ou d'un accord, de déposer des réserves, de renoncer à des réserves qu'il avait envisagé de déposer et dont il avait informé le Parlement ou, après la ratification, de lever des réserves qu'il aurait auparavant formulées » ; Cons. Const., 9 avril 2009, n° 2009-579 DC, *Recueil*, p. 84.

**592.** Cependant, les réserves peuvent être interdites ou limitées par le traité (art. 19 de la Convention de Vienne). À titre d'exemple, l'article 120 du Statut de la Cour pénale internationale est rédigé comme suit : « *le présent Statut n'admet aucune réserve* ». De même, la Convention de Paris sur les armes chimiques de 1993 prohibe par une clause explicite toute formulation de réserves. Dans son article 22, il est noté que « *les articles de la présente convention ne peuvent pas donner lieu à des réserves* ». En contraste avec l'interdiction catégorique, certaines conventions en matière pénale dessinent un cadre précis pour la formulation de réserves. Ainsi, la Convention pénale sur la corruption de 1999 délimite dans son article 37 des dispositions spécifiques pour lesquelles les parties contractantes peuvent formuler des réserves (limitées au nombre de cinq). Au-delà de ce cadre, « *aucune autre réserve n'est admise* »[1394].

**593.** Si le traité n'interdit pas ou ne délimite pas un cadre déterminé pour les réserves, l'article 19 de la Convention de Vienne consacre une interdiction générale d'élaborer des réserves incompatibles avec « *l'objet et le but* » du traité. Ce principe a été antérieurement consacré dans un avis consultatif de la Cour internationale de justice à l'égard de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide : « *il ne peut appartenir à aucun des contractants de détruire ou de compromettre, par des décisions unilatérales ou par des accords particuliers, ce qui est le but et la raison d'être de la convention* »[1395]. La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes adoptée le 18 décembre 1979 reprend cette règle dans son article 28.

**594.** Pour produire leurs effets au niveau international, les réserves ne nécessitent pas le consentement des autres parties dès lors qu'elles sont autorisées par le texte international[1396]. Cependant, les États contractants ont la possibilité d'en décider autrement. « *Ainsi, l'article 22 de la Convention du 20 avril 1929 sur la suppression du faux monnayage subordonne la validité des réserves au consentement de tous les États ayant ratifié ou adhéré* »[1397].

---

1394 Cette même technique de délimitation du cadre de la formulation de réserves a été relevée dans la Convention relative aux infractions et à certains autres actes survenant à bord des aéronefs conclue à Tokyo le 14 septembre 1963. Ce texte international organise des questions de compétence pénale. Les seules réserves qui peuvent être émises concernent l'article 24 relatif aux différends d'interprétation. « Sauf dans le cas prévu à l'art. 24, il ne sera admis aucune réserve à la présente convention ».

1395 CPJI, avis du 28 mai 1951, *Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, *CIJ Recueil* 1951, p. 21. Plus loin, la juridiction internationale réitère que « l'objet et le but de celle-ci [la Convention] assignent ainsi des limites tant à la liberté d'apporter des réserves qu'à celle d'y objecter. Il en résulte que c'est la compatibilité de la réserve avec l'objet et le but de la Convention qui doit fournir le critère de l'attitude de 1'État qui joint une réserve à son adhésion et de 1'État qui estime devoir y faire une objection. Telle est la norme de conduite qui doit guider chaque État dans l'appréciation qu'il lui appartient de faire individuellement et pour son propre compte de la régularité d'une réserve » ; *Ibid.*, p. 24.

1396 « Au point de départ, à l'époque de la S.d.N., était appliqué un *système rigide*. L'accord de tous les États contractants était exigé pour qu'une réserve soit admise. Sinon on considérait que l'État auteur de la réserve ne pouvait devenir partie à la convention. Ce système se justifiait dans le cadre d'une société plus homogène que ne l'est la société internationale contemporaine » ; COMBACAU Jean et SUR Serge, *op. cit.*, p. 136.

1397 DAILLIER Patrick, FORTEAU Mathias, QUOC DINH Nguyen, Pellet Alain, *op. cit.*, p. 199.

**595.** Il apparaît donc que le juge pénal peut être amené à appliquer une disposition internationale pénalement effective à laquelle est rattachée une réserve qui modifie son interprétation ou sa portée. Ainsi, il faudra délimiter la compétence du juge à l'égard de cette pratique internationale. La question de la validité des réserves fera l'objet d'un premier axe d'analyse (Section I) avant de se tourner vers la portée des réserves devant le juge pénal (Section II).

## SECTION I.
## LA VALIDITÉ DES RÉSERVES DEVANT LE JUGE PÉNAL

**596.** Il est important de noter l'absence d'une décision provenant des juridictions comparées dans laquelle une réserve rattachée à une disposition internationale pénalement effective a été invalidée. Sans repères pour déterminer les effets éventuels d'une invalidation (§ 2), il nous faudra, en premier lieu, encadrer le contrôle du juge pénal à l'égard des réserves (§ 1).

### § 1. LA DÉLIMITATION DU CONTRÔLE DE VALIDITÉ DES RÉSERVES

**597.** Dans sa soixante-troisième session, la Commission du droit international a adopté un *Guide de la pratique sur les réserves aux traités*[1398]. Bien que cet instrument soit dépourvu de force juridique, il fournit aux membres de la communauté internationale « *un outil précieux dans la solution de nombreux problèmes posés par les réserves aux traités et les déclarations interprétatives* »[1399]. Selon son article 4.5.1, « *une réserve qui ne respecte pas les conditions de validité formelle et substantielle […] est nulle de plein droit et, en conséquence, dépourvue de tout effet juridique* ».

**598.** Au regard du nombre d'instruments internationaux pénalement effectifs et assortis de réserves, il faudra délimiter le contrôle de ces déclarations unilatérales par le juge pénal au niveau de leur validité formelle (A) et de leur validité substantielle (B).

#### A. LA VALIDITÉ FORMELLE

**599.** Il nous semble que le juge pénal est autorisé à vérifier la validité formelle d'une réserve rattachée à une convention internationale. C'est ce que consacre indirectement la jurisprudence de la Chambre criminelle qui, à l'égard de la Convention européenne d'extradition de 1957, affirme que la ratification par la France contient « *les réserves et déclarations prévues à l'article 36 de ladite Convention* »[1400].

**600. Le droit conventionnel et la coutume comme fondement du contrôle de la validité.** Pour trouver un fondement pour le juge pénal, il faudra se tourner vers d'autres formations de la Cour de cassation française. C'est ainsi que la Chambre civile a contrôlé la validité formelle d'une réserve au regard du droit international. Au visa de l'article 19 de la Convention de

1398 Annuaire de la Commission du droit international, 2011, vol. II (2).

1399 *Ibid.*

1400 Cass. Crim., 6 octobre 1986, *B.* n° 269, p. 679.

Vienne sur le droit des traités, « *prise en tant que coutume internationale* »[1401], la Cour suprême a soumis la capacité de la réserve à produire un effet en droit interne à sa conformité aux normes internationales régissant ce type de déclarations unilatérales[1402].

En l'espèce, à la suite d'un événement de mer, le propriétaire d'un navire tunisien a été autorisé à constituer un fonds de limitation de responsabilité par application de la Convention de Londres du 19 novembre 1976 qui fixe des plafonds pour les créances en la matière. Or, la France avait émis une réserve selon laquelle elle gardait le droit d'écarter les plafonds de responsabilité pour le cas d'espèce. Si les juges du fond décident de l'inapplication de cette réserve, la Cour de cassation ne confirme pas leur raisonnement. Ainsi, pour déterminer sa validité formelle, la Convention de Londres est étudiée pour déterminer si la réserve rentre dans l'une des catégories autorisées par l'article 18 de la Convention. Du moment qu'elle effectue cette vérification, conjuguée aux conditions de ratification du traité et sa publication « *avec mention de cette réserve* », la Cour de cassation donne à la réserve son plein effet et casse la décision des juges du fond[1403].

### B. LA VALIDITÉ SUBSTANTIELLE

**601.** La question du contrôle de la validité substantielle d'une réserve est plus délicate. Le juge pénal est censé déterminer si la réserve formulée par son État est compatible avec l'objectif et le but de la convention internationale. La pratique jurisprudentielle semble soutenir une déclaration de compétence par le juge pénal pour ce genre de contrôle. Deux séries d'exemples sont étudiées comme soutien : la réserve américaine relative à la condamnation des mineurs à la peine de mort (1) et la réserve française relative au principe ne bis in idem (2).

#### 1. La réserve américaine relative à la peine de mort

**602. Au niveau étatique.** Le principe du contrôle substantiel d'une réserve formulée à l'égard d'une convention internationale a été accepté par la jurisprudence pénale américaine. Durant la période du dialogue judiciaire national sur l'application de la peine de mort pour les mineurs de moins de 18 ans, il a été défendu devant la Cour suprême de l'Alabama que la réserve américaine rattachée à l'article 6(5) est « *invalide* » au regard du « *object and purpose* » du Pacte international[1404]. La réserve en question est ainsi formulée :

> « Les États-Unis se réservent le droit, sous réserve des limitations imposées par leur Constitution, de prononcer la peine de mort contre toute personne (autre qu'une femme

1401 V. Cass. Civ., 11 juillet 2006, *B. I* n° 378, p. 325 ; *RCDIP* 2007, p. 391, note AUDIT. Selon l'auteur, « c'est à notre connaissance la première fois » que la définition internationale de la réserve « est érigée en visa ».

1402 AUDIT Mathias, « De la notion de réserve faite par un État lors de la signature d'un traité », *RCDIP* 2007, p. 392.

1403 V. également, MAZIAU Nicolas, « Jurisprudence française relative au droit international (Année 2006), in *Annuaire français de droit international*, 2007, Volume 53, n.1, p. 849.

1404 *Ex parte Pressley*, 770 So.2d 143 (Ala. 2000).

enceinte) dûment reconnue coupable en vertu de lois en vigueur ou futures permettant l'imposition de la peine de mort, y compris pour des crimes commis par des personnes âgées de moins de 18 ans »[1405].

La juridiction suprême de l'État fédéré étudie le moyen avant de conclure à la validité de la réserve et le maintien de la peine de mort pour le mineur de 16 ans.

**603.** Par le fondement de la même réserve, la Cour suprême du Nevada affirme la condamnation à mort d'un mineur de 16 ans, écartant dans son jugement un moyen tiré de l'invalidité de la réserve[1406]. L'arrêt n'a pas emporté l'unanimité des juges du siège. Dans son opinion dissidente, le juge Rose estime que l'article 4-2 du Pate international n'autorise aucune dérogation à l'article 6(5)[1407]. Il rapporte également des opinions doctrinales allant dans le même sens.

**604.** **Au niveau fédéral.** La validité de la réserve rattachée au Pacte international a été également contestée devant une Cour fédérale d'appel. Dans une affaire de meurtre, un mineur prétendait que cette réserve était « *nulle* »[1408]. Comme soutien à son moyen, il avance les observations faites par le Comité des droits de l'homme sur la réserve américaine à l'article 6(5). Dans son rapport annuel de 1995, le Comité a exprimé sa « *préoccupation* » que cette réserve serait contraire au but et à l'objectif du Pacte international et a appelé le gouvernement américain à la retirer[1409]. La Cour fédérale étudie le moyen avant de conclure à la validité de la réserve américaine attachée au Pacte.

**605.** À partir des litiges de la peine de mort pour les mineurs de 16 ans, on peut constater que le juge pénal américain accueille les moyens tirés de l'invalidité des réserves aux conventions internationales sans interrogation sur sa compétence[1410].

---

1405 Selon le gouvernement américain et le comité des affaires étrangères du Sénat, cette réserve réfléchit moins une « opposition substantielle » aux principes consacrés par le Pacte qu'une volonté de suivre le processus démocratique « de modifier le droit national par moyen de législation approuvée par les deux chambres du Congrès » ; SLOSS David, « Using international law to enhance democracy », 47 *Va. J. Int'l L.* 1, 25-26 (2006).

1406 *Domingues v. State*, 961 P.2d 1279 (Nev. 1998).

1407 *Ibid.*, [Rose, dissenting].

1408 *Beazley v. Johnson*, 242 F.3d 248 (5th Cir. 2001).

1409 Il est intéressant de noter que la France a formulé une objection à la réserve américaine rédigée comme suit : « Lors de leur ratification [dudit Pacte], les États-Unis d'Amérique ont formulé une réserve relative à l'article 6 paragraphe 5 du Pacte qui interdit d'imposer la peine de mort pour des crimes commis par des personnes âgées de moins de 18 ans.

La France considère que la réserve ainsi formulée par les États-Unis d'Amérique n'est pas valide en ce qu'elle est incompatible avec l'objet et le but de la Convention.

Une telle objection ne fait pas obstacle à l'entrée en vigueur du Pacte entre la France et les États-Unis ».

1410 V. BRILLANTE Jennifer, « Continued violations of International Law by the United States in applying the death penalty to minors and possible repercussions to the American criminal justice system », 29 *Brook. J. Int'l L.* 1247, 1272 (2004). Pour la pratique du juge américain dans d'autres domaines, V. CHUNG Eric, « The judicial enforceability and legal effects of treaty reservations, understandings and declarations », 126 *Yale L.J.* 170 (2016).

## 2. La règle *ne bis in idem* et le cumul des sanctions pénales et fiscales en droit français

**606.** À la fin des années 1990, la Chambre criminelle de la Cour de cassation française a dû se prononcer sur la possibilité du cumul de sanctions pénales et fiscales à l'égard de la règle d'interdiction de doubles poursuites au sujet d'une même infraction, posée par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (art. 14-7)[1411] et par le Protocole n° 7 additionnel à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme (art. 4)[1412]. La solution retenue est intéressante pour deux raisons. Premièrement, pour son contexte, elle intervient après que la Cour européenne des droits de l'homme a estimé quelques années plus tôt que les sanctions fiscales entrent dans « *le champ de la matière pénale* »[1413]. Deuxièmement, pour ses conséquences, la Chambre criminelle doit s'interroger sur la compétence du juge pénal de contrôler la validité substantielle d'une réserve attachée à une norme internationale pénalement effective[1414].

**607. Contexte.** L'arrêt principal qui retient l'attention est celui de la Chambre criminelle en date du 6 novembre 1997[1415], dont la solution qu'il consacre a été confirmée dans un autre arrêt deux ans plus tard[1416]. Dans les faits, un libraire a été condamné pour fraude fiscale pour avoir omis de tenir la comptabilité et d'établir les déclarations de TVA auxquelles il était astreint en raison de ses activités de marchand et gérant. Avant sa condamnation pénale, il s'était déjà vu infliger des pénalités fiscales dans le cadre de la procédure administrative de redressement, sur le fondement des articles 1728 et 1729 du Code général des impôts. Invoquant le principe *non bis in idem* consacré par les instruments internationaux précités, il lui est répondu par les juges du fond que ce principe n'est applicable que dans le cas d'une deuxième poursuite pénale pour des faits pour lesquels il a déjà été condamné. Dans le cas d'espèce, l'administration ne détient aucune compétence en matière pénale.

**608. Le moyen de la conformité de la réserve française par rapport au Pacte.** Dans son pourvoi, l'accusé avance que la réserve française à l'article 4 du Protocole additionnel n'est pas

---

1411 « Nul ne peut être poursuivi ou puni en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné par un jugement définitif conformément à la loi et à la procédure pénale de chaque pays ».

1412 « Nul ne peut être poursuivi ou puni pénalement par les juridictions du même État en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné par un jugement définitif conformément à la loi et à la procédure pénale de cet État ».

1413 BOULOC Bernard, « Cumul des pénalités fiscales et des sanctions pénales », *RSC* 1998, p. 538. V. CEDH, 24 févr. 1994, *Bendenoun c. France*, *JCP*, 1995.II.22372, note FROMMEL.

1414 La question est formulée ainsi par la doctrine : « les juges français ont-ils compétence pour apprécier la validité de la réserve française ? » ; V. LEPOUTRE Jules, « Invalidité des réserves françaises au principe *non bis in idem* (Convention EDH, art. 4, prot. 7) : et si les juges nationaux n'attendaient pas la Cour de Strasbourg ? », *Revue de droit fiscal*, n° 41, 13 octobre 2016, n° 537, p. 2.

1415 Cass. Crim., 6 novembre 1997, *B.* n° 379, p. 1274 ; *Droit fiscal*, n° 24, 10 juin 1998, n° 521, comm. CLIQUENNOIS ; *RSC* 1998, p. 538, note BOULOC.

1416 Cass. Crim. 10 novembre 1999, n° 98-84076, Inédit, consulté sur : *legifrance.gouv.fr*.

conforme aux stipulations de l'article 14-7 du Pacte international. Cette réserve est rédigée comme suit : « *le Gouvernement de la République française déclare que seules les infractions relevant en droit français de la compétence des tribunaux statuant en matière pénale doivent être regardées comme des infractions au sens des articles 2 à 4 du présent Protocole* ». La validité substantielle de cette réserve est mise en question. Pour la défense, « *il faut considérer que, contraire au Pacte de New York, ladite réserve est privée de tout effet* » et que l'article 4 du Protocole « *est pleinement applicable en France malgré la réserve* »[1417]. Par conséquent, les pénalités fiscales dont il a fait l'objet doivent empêcher sa condamnation pénale selon le principe *ne bis in idem*.

**609. La réponse de la Cour de cassation.** La Chambre criminelle d'adhère pas à l'argument de l'invalidité de la réserve française. Pour les juges, l'article 14-7 du Pacte international ne trouve à s'appliquer que dans le cas où une même infraction pénale, ayant déjà donné lieu à un jugement définitif, fait l'objet d'une nouvelle poursuite devant une juridiction répressive. Ainsi, l'article 4 du Protocole additionnel ne peut valoir, « *selon les réserves* », que pour les infractions relevant en droit français de la compétence des tribunaux statuant en matière pénale. Il est vrai que la Chambre criminelle ne se prononce pas directement sur sa compétence dans le contrôle de validité substantielle d'une réserve. Néanmoins, le moyen d'invalidité n'est pas écarté d'emblée et la motivation est rédigée de manière à répondre au moyen avancé par la défense.

La récurrence de ce genre d'arguments dans les décisions répressives renforce ce point de vue. On a pu relever, à titre d'exemple, des moyens fondés sur le fait que « *les réserves ne sont admises en droit international que si elles sont compatibles avec l'objet et le but de la Convention* »[1418]. La Chambre criminelle ne déclare pas l'incompétence du juge pénal à l'égard de ce contrôle[1419] qui, au contraire, a été explicitement refusé au juge administratif[1420].

**610.** À partir de cette présentation, nous ne sommes pas d'accord avec l'attendu du tribunal correctionnel de Paris selon lequel « *il n'appartient pas à l'autorité judiciaire d'exercer un contrôle de la validité d'une réserve émise par la France lors de la signature d'une convention internationale déterminant*

---

1417 Cass. Crim., 6 novembre 1997, *op. cit.*

1418 Cass. Crim., 26 mars 1998, n° 97-82.299, Inédit, consulté sur : *legifrance.gouv.fr*.

1419 On est conscient du contenu de l'arrêt de la Chambre criminelle qui a considéré justifiée la décision inférieure selon laquelle « il n'appartient pas à la cour d'appel d'apprécier la validité de la clause de réserve formulée par l'État français en marge du protocole n° 7 ». Cependant, il s'agit d'un arrêt de rejet dans lequel l'incompétence du juge pénal n'est pas explicitement déclarée. V. Cass. Crim., 22 janvier 2014, *B.*, n° 22 ; *Rev. sociétés* 2014, p. 321, note BOULOC ; *RTD Com.* 2014, p. 435, note BOULOC.

1420 CE, ass., 12 octobre 2018, *Société super coiffeur*, *RGDIP* 2019/1, p. 309, note CAZALA : « la Cour administrative d'appel de Paris n'a pas commis d'erreur de droit en jugeant qu'il n'appartenait pas au juge national de se prononcer sur la validité de cette réserve ». V. NICOLAS Charline et FAURE Yannick, « Le juge sur la réserve », *AJDA* 2018, p. 2390. La doctrine s'exprimait déjà dans ce sens. « La réserve […] formulée à l'occasion de la négociation d'un engagement international et indissociable de cet engagement, constitue selon nous un acte de gouvernement dès lors qu'elle n'est pas détachable de la conduite des relations internationales de la France » ; AUSTRY Stéphane, « Cumul des sanctions fiscales et des sanctions pénales : requiem en trois temps pour la règle *non bis in idem* », *RJF* 1997, vol. 5, p. 289.

*l'étendue de l'engagement de l'État* »[1421]. À l'occasion de la réserve française au principe *ne bis in idem*, le juge pénal de fond a considéré qu'un contrôle de validité substantielle constitue une violation du principe de la séparation des pouvoirs et une immixtion dans la conduite des relations internationales du pays[1422]. Or, dans les arrêts analysés, la Chambre criminelle n'a pas relevé cet excès de pouvoir quand des moyens identiques ont été invoqués devant elle. En outre, ce contrôle n'est pas dépourvu de fondement. Quand le juge pénal l'exerce, il ne fait que donner effet à une obligation internationale prescrite par la Convention de Vienne sur le droit des traités.

**611.** Il reste à noter que, relativement au principe *ne bis in idem*, la Cour européenne des droits de l'homme[1423] a jugé qu'il fait obstacle à l'exercice de nouvelles poursuites pour des faits définitivement jugés, « *dès lors que ces faits sont en substance les mêmes que ceux ayant fait l'objet de la condamnation définitive* ». À la suite de cet arrêt, le Conseil constitutionnel a considéré que la dualité dans la poursuite et les sanctions des « abus de marché » est contraire au principe de nécessité des délits et des peines (art. 8 DDHC)[1424]. Ainsi, le législateur français a institué dans le Code monétaire et financier « *un mécanisme de coordination entre les autorités pénales et l'AMF pour éviter un cumul de leurs actions répressives* »[1425]. Un dernier développement devant la CEDH a vu la France condamnée pour violation de l'article 4 du Protocole n° 7[1426].

## § 2. LES EFFETS ÉVENTUELS DE L'INVALIDATION D'UNE RÉSERVE

**612.** Du moment qu'est établie la compétence du juge pénal dans le contrôle de la validité d'une réserve attachée à une norme internationale, il faut s'interroger sur la position à adopter dans l'hypothèse où ce juge déclare la non-validité de la réserve soumise à son examen. La difficulté de cette interrogation est due à l'absence de jurisprudence - pénale ou autre — en la matière[1427]. L'analyse démontre que les solutions théoriques sont légion (A). Il faudra ainsi faire un choix (B).

---

1421 T. corr. Paris, 32e ch., 8 décembre 2016, p. 176-177 ; *D. actualité*, 14 décembre 2016, obs. GOETZ ; cité dans GALLOIS Julie, « Affaire *Cahuzac* : quand le droit de la peine est au centre d'un procès », *D. actualité*, 1er juin 2018.

1422 *Ibid.*

1423 CEDH, 10 février 2009, *Zolotoukhenie c/ Russie*, *D.* 2009, p. 2014 note PRADEL ; *RSC* 2009, p. 675, obs ROETS. V. également, CEDH, 4 mars 2014, *Stevens c/ Italie*, *RSC* 2014, p. 110, obs. STASIAK.

1424 Cons. Const., 18 mars 2015, n° 2014-453/454 QPC et 2015-462 QPC, *JORF* du 20 mars 2015, p. 5183.

1425 Loi n° 2016-819 du 21 juin 2016 réformant le système de répression des abus de marché, *JORF* du 22 juin 2016, texte n° 1.

1426 CEDH, *Nodet c/ France*, 5e sect., 6 juin 2019, n° 47342/14. V. STASIAK Frédéric, « Démêlage de 'nœuds' *bis in idem* ? *RSC* 2019, p. 383.

1427 Selon Jules Lepoutre, les « conséquences d'une invalidation » n'ont été « à notre connaissance jamais rencontrée en contentieux français » ; LEPOUTRE Jules, *op. cit.*, p. 2.

### A. UNE PANOPLIE DE SOLUTIONS JURIDIQUES

**613.** Le droit international ne fournit ni normes ni coutume pour régir la question précise de l'effet des réserves invalidées[1428]. Ainsi, la doctrine, les prises de position d'États et d'organisations internationales et certaines opinions judiciaires fournissent une panoplie de solutions juridiques en la matière.

**614. La nullité de la ratification.** Le consentement de l'État est présenté comme clé de voûte pour la première série de solutions. Du moment qu'une réserve est déclarée non valide, l'État n'est plus partie au traité ; la ratification est nulle. C'est ce qu'expriment les observations du gouvernement des États-Unis sur le commentaire général n° 24 du Comité des droits de l'homme. Ce commentaire a été publié par suite des réserves formulées par les différentes parties contractantes à l'égard du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, dont on a prouvé l'effectivité pénale[1429]. Le fondement de la position américaine est le consentement. Les réserves constituent « *des parties intégrales* » du consentement d'être lié par le Pacte et ne sont pas dissociables de l'ensemble du traité. « *S'il est déterminé que l'une ou plusieurs d'entre elles sont inapplicables, la ratification dans l'ensemble devient nulle* »[1430].

La France a adopté une position identique en rappelant que les traités « *reposent sur le consentement* » et que les réserves sont « *les conditions que les États mettent à ce consentement* ». Par conséquent, « *si ces réserves sont jugées incompatibles avec le but et l'objet du traité, la seule conséquence qu'il soit possible d'en tirer est de déclarer que ce consentement n'est pas valable et de décider que ces États ne sont pas considérés comme partie à l'instrument en cause* »[1431]. C'est ce que la doctrine a également relevé à partir d'un arrêt du Conseil d'état selon lequel une réserve est « *non dissociable de la décision de la France de ratifier ce protocole* »[1432].

**615. La neutralisation de la disposition internationale en question.** Un autre courant de la théorie de consentement prône une solution moins radicale. L'État reste partie au traité, sauf pour la disposition à l'égard de laquelle la réserve a été formulée[1433]. C'est ce qui ressort des conclusions françaises dans une procédure européenne à propos de la réserve attachée à l'article consacrant le principe *non bis in idem* : « *dans le cas où la Cour la déclarait invalide, la France ne serait plus liée par ces dispositions* »[1434]. Cette solution allège relativement les conséquences de la

---

1428 BARATTA Roberto, « Should invalid reservations to Human Rights treaties be disregarded? », 11 *EJIL* 413, 413-414 (2000).

1429 *Observations des États-Unis sur le commentaire général n° 24 du CDH*, 1996, consulté sur : *iilj.org*.

1430 *Ibid.*

1431 *Observations de la France sur l'observation générale n° 24 du CDH*, Documents officiels de l'Assemblée générale, 50e session, Supplément n° 40 (A/50/41), annexe VI, p. 107.

1432 CE, ass., 12 octobre 2018, *Société super coiffeur*, *op. cit.*

1433 LEPOUTRE Jules, *op. cit.*, p. 2.

1434 CEDH, 14 septembre 1999, *Ponsetti c/ France* et *Chesnel c/ France*, n° 36855/97 et 41731/98, *Rec.* 1999-VI.

solution précédente par le maintien des obligations internationales acceptées tout en respectant le consentement de l'État.

**616. La dissociabilité de la réserve.** De l'autre côté du spectre, est avancée la théorie de dissociabilité. Une réserve invalidée peut être dissociée de l'instrument de ratification de la sorte que l'État reste lié par le traité, y compris la disposition à l'égard de laquelle la réserve a été formulée[1435]. C'est cette position du Comité des droits de l'homme qui a produit les observations américaines et françaises étudiées ci-dessus[1436]. C'est également la position adoptée par la Commission de droit international dans son Guide pratique. En vertu de l'article 4.5.3, l'auteur d'une réserve non valide à l'égard du traité est considéré comme État contractant sans le bénéfice de la réserve, à moins qu'il « *ait exprimé une intention contraire ou qu'une telle intention soit établie autrement* ». L'État garde toujours la possibilité d'exprimer « *à tout moment* » son intention de ne plus être lié par le traité sans le bénéfice de la réserve.

Certaines voix judiciaires aux États-Unis adoptent également la théorie de dissociabilité. Dans une opinion individuelle sous l'affaire *Ex Parte Pressley*, est discutée l'hypothèse de l'invalidation de la réserve américaine par rapport à l'exécution des mineurs de 16 ans. Le juge Houston considère qu'il sera toujours tenu par la restriction conventionnelle contre cette peine[1437]. Dans le même sens, le juge Rose appelle la Cour suprême du Nevada à déterminer les effets de l'invalidation des réserves sur la participation américaine au Pacte international. Dans son opinion dissidente sous l'affaire *Domingues v. State*, il estime que « *le résultat est que les États-Unis restent liés par toutes les dispositions du traité, nonobstant la réserve* »[1438]. Cependant, il précise que si la réserve constituait une condition « *sine qua non pour accepter l'ensemble du traité* »[1439], la ratification devient nulle et les États-Unis ne sont plus partie contractante.

### B. Le choix du juge pénal

**617.** Comme analysé ci-dessus, la compétence de contrôle de la validité des réserves internationales appartient au juge pénal. Si ce dernier exerce cette compétence et décide de la non-validité d'une réserve, l'analyse théorique a fourni une panoplie de solutions juridiques relatives aux effets éventuels de l'invalidation.

---

1435 GOODMAN Ryan, « Human rights treaties, invalid reservation, and state consent », 96 *The American Journal of International Law* 531 (2002).

1436 C'est le même constat dégagé de l'analyse de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme dans les arrêts *Weber c/ Suisse* (1990), *Gradinger c/ Autriche* (1995), *Eisenstecken c/ Autriche* (2000) et *Grande Stevens* (2014). Cette jurisprudence est connue comme « l'approche de Strasbourg » à l'égard des réserves invalides ; V. LEPOUTRE Jules, *op. cit.*, p. 4 et s. et BARATTA Roberto, *op. cit.*, p. 414.

1437 *Ex parte Pressley*, 770 So.2d 143 (Ala. 2000) [Houston, concurring].

1438 *Domingues v. State*, *op. cit.* [Rose, dissenting].

1439 *Ibid.*

**618. L'obligation internationale de formuler des réserves valides.** L'argument de la primauté du consentement de l'État est raisonnable. La volonté de l'État, exprimée par la ratification, doit être respectée. Néanmoins, la Convention de Vienne sur le droit des traités pose une obligation selon laquelle les réserves doivent être formulées selon les formes prévues dans le traité. En outre, les réserves ne doivent pas être contraires à l'objet et au but de la convention à laquelle elles sont attachées. Ainsi, lorsque le juge pénal invalide une réserve, il applique une obligation internationale, de source conventionnelle (Égypte) ou coutumière (France et États-Unis). En ayant conscience de cette obligation internationale, les États qui formulent des réserves non-valides peuvent s'attendre à ce que le juge pénal écarte la réserve en question et applique la disposition internationale en question. Dans tous les cas, si la réserve constituait une condition *sine qua non* pour l'adhésion de l'État au traité, l'option du retrait de l'accord international reste effective, l'État pouvant neutraliser son consentement d'être lié par le traité. À notre sens, cette solution constitue un compromis raisonnable entre le respect du consentement étatique et l'observation des obligations internationales.

**619. Exemples.** Imaginons une convention qui autorise les réserves seulement à l'égard de certaines dispositions déterminées, comme la Convention pénale sur la corruption de 1999 (article 37). Si l'État du juge pénal formule une réserve au-delà des limites déterminées, il lui reviendra de contrôler cette validité formelle et de naturellement dérouler les effets de ce contrôle au motif qu'il est tenu d'appliquer les obligations internationales ratifiées par son État. La même solution est prônée pour les cas où la validité substantielle d'une réserve est mise en cause. Tel que l'expriment les opinions dissidentes dans les affaires de l'exécution des mineurs aux États-Unis, la réserve américaine est contraire à l'objet et au but de la convention. Le juge pénal devrait écarter cette réserve et refuser la condamnation des mineurs à la peine de mort. Toutefois, le gouvernement garde la possibilité de se retirer du Pacte international ou de modifier sa réserve de manière qu'elle respecte les conditions de validité.

**620. Une extension logique de la compétence du juge pénal.** Au-delà de l'argument du respect des obligations de la Convention de Vienne, le souci de cohérence nous impose de privilégier cette solution. Nous avons déjà accepté que le juge pénal puisse exclure une convention internationale contraire à la Constitution[1440]. Il est également accepté qu'en cas de conflit, un traité puisse écarter une loi, émanation de la volonté législative démocratiquement exprimée[1441]. Par conséquent, il n'est pas farfelu de doter le juge pénal de la compétence d'écarter une réserve qui ne réunit pas ses conditions de validité. L'État reste lié par la disposition internationale en question et le juge pénal est tenu de l'appliquer jusqu'à ce qu'une volonté contraire soit exprimée.

---

1440 V. *supra* n° 245.

1441 V. *infra* n° 781 et s.

## SECTION II.
## LA PORTÉE DES RÉSERVES

**621.** Comme son office interprétatif à l'égard des conventions internationales, il appartient au juge pénal d'incorporer les réserves formulées à l'égard de certaines dispositions conventionnelles dans son interprétation de la disposition internationale en question. Les réserves et les déclarations interprétatives valides s'incorporent au traité et guident l'interprétation de la norme internationale et la détermination du champ d'application de celle-ci par le juge pénal. Cette conception a été exprimée par le Conseil constitutionnel français qui confirme que les réserves et déclarations interprétatives constituent « *un instrument en rapport avec le traité et concourant, en cas de litige, à son interprétation* »[1442].

**622.** La leçon est fournie par la jurisprudence française. La Chambre criminelle, dans une affaire de transport de diamants sans autorisation et d'importation sans déclaration, applique la convention de Chicago relative à l'aviation civile internationale de 1944, pour relaxer un passager arrêté alors qu'il était en transit aérien. Pour ce faire, la Cour de cassation s'assure que « *le gouvernement français n'a notifié aucune réserve* »[1443] sur les dispositions internationales applicables.

**623.** L'analyse des arrêts répressifs dans les États comparés démontrent que le juge pénal doit incorporer, dans son interprétation d'une norme internationale pénalement effective, la réserve qui y est rattachée, que cette réserve soit émise par l'État du juge pénal (§ 1) ou par une autre partie à la convention (§ 2). En droit égyptien, la réserve générale de conformité à la Charia, rattachée à plusieurs conventions internationales pénalement effective, mérite une analyse indépendante (§ 3).

### § 1. LES RÉSERVES ÉMISES PAR L'ÉTAT DU JUGE PÉNAL

Quand le juge pénal applique une convention internationale, il doit incorporer dans son interprétation la réserve qui y est rattachée par son État lors de la ratification.

**624. Jurisprudence américaine : Le Pacte international.** On a déjà étudié comment les États-Unis, en ce qui concerne le Pacte international des droits civiques et politiques, se sont réservés le droit d'appliquer la peine de mort selon leur Constitution et leurs lois. La disposition internationale pénalement effective ne peut pas être appliquée par le juge à cause de la réserve qui s'impose au juge lors de la détermination du champ d'application. C'est ainsi

1442 Cons. Const., 15 juin 1999, n° 99-412 DC, *Recueil*, p. 71.

1443 Cass. Crim., 8 novembre 1963, *B.* n° 315.

que la Cour suprême de la Californie refuse l'argument selon lequel la peine de mort prévue par le droit de l'État fédéré serait contraire au Pacte international. Les juges sont partis d'une compréhension du rôle de la réserve qui modifie le champ d'application de la norme internationale[1444].

**625. La convention contre la torture.** Par ailleurs, dans une affaire d'extradition, une Cour fédérale du district du Connecticut a adapté son interprétation de l'article 3 de la Convention contre la torture de 1984 au regard de la réserve émise par le gouvernement américain[1445]. Cette norme internationale interdit aux États parties d'extrader une personne vers un autre État « *où il y a des motifs sérieux de croire qu'elle risque d'être soumise à la torture* ». Le critère de motifs sérieux est modifié par la réserve américaine comme signifiant « *s'il est fort probable* » de croire que la personne sera soumise à la torture. La Cour fédérale confirme l'extradition vers le Hong Kong du moment qu'aucune preuve apportée n'atteint ce seuil de probabilité[1446].

**626. Jurisprudence française : Convention internationale des droits de l'enfant.** De la même manière, la Chambre criminelle de la Cour de cassation française a refusé la contestation du chef d'entrave à interruption volontaire de grossesse en s'appuyant sur une « *déclaration interprétative* » faite par la France à l'occasion de la ratification de la Convention de New York relative aux droits de l'enfant. Dans son article 6, cette dernière reconnaît que « *tout enfant a un droit inhérent à la vie* ». Sur le fondement de ce texte, des personnes qui ont paralysé un bloc opératoire ont essayé de se défendre du délit d'entrave. La Chambre criminelle écarte le moyen du moment « *qu'en l'état de la déclaration interprétative faite par la France lors de la signature à New York, le 26 janvier 1990, de la Convention relative aux droits de l'enfant, et selon laquelle celle-ci ne saurait être interprétée comme faisant obstacle à l'application des dispositions de la législation française relative à l'interruption volontaire de grossesse* »[1447].

**627. Convention d'extradition de 1957.** La solution est identique en matière de coopération internationale. La France a émis plusieurs réserves à l'égard de la Convention européenne d'extradition du 13 décembre 1957. Il est clair que les dispositions de cette convention sont pénalement effectives devant les juridictions répressives ; il reviendra au juge pénal de les interpréter et d'y incorporer les réserves qui y sont attachées[1448]. L'article 1er de ladite

---

1444 *People v. Brown*, 93 P.3d 244 (Cal. 2004): « Given states' sovereignty in such matters within constitutional limitations, our federal system of government effectively compelled such a reservation ». V. également, *People v. Perry*, 132 P.3d 235 (Cal. 2006) et *Servin v. State*, 32 P.3d 1277 (Nev. 2001).

1445 *In re Extradition of Cheung*, 968 F. Supp. 791 (D. Conn. 1997).

1446 *Ibid.* V. également, *Auguste v. Ridge*, 3950 F.3d 123 (3rd Cir. 2005) et *Oxygene v. Lynch*, 813 F.3d 541 (4th Cir. 2016).

1447 Cass. Crim., 27 novembre 1996, *B.* n° 431, p. 1245 ; 2 avril 1997, n° 96-82024, Inédit et 14 octobre 1998, n° 97-83.877, Inédit, consulté sur : *legifrance.gouv.fr*.

1448 La même approche peut être observée à l'égard du principe du double degré de jugement consacré par le Protocole additionnel n° 7 à la CESDH. V. Cass. Crim., 23 juin 1999, *B.* n° 147, p. 399 : « si l'article 2-1 du protocole n° 7 à la Convention européenne des droits de l'homme reconnaît à toute personne déclarée coupable d'une infraction pénale le droit de faire examiner par une juridiction supérieure la déclaration de culpabilité ou la condamnation, les réserves formulées par la France, lors de la ratification dudit protocole, prévoient que l'examen

… / …

convention pose l'obligation d'extrader. L'une des réserves françaises à cet article se lit ainsi : « *l'extradition pourra être refusée si la remise est susceptible d'avoir des conséquences d'une gravité exceptionnelle pour la personne réclamée* ».

**628.** Dans une procédure d'extradition, la chambre de l'instruction de la Cour d'appel de Metz a émis un avis favorable à une demande du gouvernement de la Fédération de Russie. Alors que l'exposant invoquait son état de santé pour activer la réserve, la chambre de l'instruction détermine qu'il ne requiert pas des soins et précautions autres que communs et que le jugement du tribunal russe avait pris en compte son état de santé lors de la fixation de la peine. Au visa « *des réserves du gouvernement de la République française* », la Chambre criminelle casse l'arrêt des juges du fond pour avoir omis de « *préalablement rechercher […] si, compte tenu des conditions de détention dans les établissements pénitentiaires de Russie, la remise de la personne recherchée n'était pas susceptible d'avoir des conséquences d'une gravité exceptionnelle sur son état de santé* »[1449]. La Chambre criminelle intègre dans son interprétation de la convention les réserves émises par l'État français[1450].

**629. Consensus judiciaire autour de la Convention d'extradition.** La portée des réserves françaises à la Convention d'extradition a été également discutée devant le juge administratif. Le requérant, ancien employé des services secrets russes, invoque la contrariété du décret d'extradition dont il a fait l'objet à l'égard de cette réserve. Le Conseil d'État rejette l'argument en constatant que « *l'existence d'une telle menace ne ressort pas des pièces du dossier* » et conclut alors que « *le Gouvernement français n'a pas méconnu les exigences posées par les réserves précitées* »[1451]. Le Conseil d'état a également donné effet à une autre réserve rattachée à l'obligation conventionnelle d'extrader. « *Par cet acte, la France signifie aux autres États parties, qu'elle n'accordera jamais l'extradition lorsque la personne réclamée sera — ou a été — jugée en violation des droits de la défense* »[1452]. La juridiction suprême décide que la condamnation infligée par un tribunal militaire roumain « *ne peut être regardée comme ayant été prononcée dans des conditions contraires […] à l'article 1*er *des réserves émises par la France* »[1453].

---

de la décision de condamnation par une juridiction supérieure peut se limiter à un contrôle de l'application de la loi, tel que le recours en cassation ».

1449 Cass. Crim., 9 octobre 2012, n° 12-85.134, Inédit, consulté sur : *legifrance.gouv.fr*.

1450 Un troisième exemple de la portée des réserves françaises a été relevé en matière d'immunité diplomatique. Un ministre conseiller de la représentation angolaise auprès de l'Unesco, de nationalité française, a été poursuivi pour chefs de plusieurs infractions économiques et de commerce illicite d'armes, commis antérieurement à sa nomination. Pour refuser l'argument d'immunité tiré de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, la Chambre criminelle s'appuie sur l'article 38 du traité « tel qu'interprété par l'instrument de ratification ». Cass. Crim., 8 avril 2010, *B.* n° 63 ; D. 2010, p. 1081, obs. LÉNA.

1451 CE, 18 avril 2008, *Rybakov*, *RFDA* 2008, n° 4, p. 780, chron. HAAS et SANTULLI.

1452 MAZIAU Nicolas, « Jurisprudence française relative au droit international (Année 2008) », *in Annuaire français de droit international*, 2009, Volume 55, Numéro 1, p. 876.

1453 CE, 13 février 2008, n° 306787, Inédit, consulté sur : *legifrance.gouv.fr*.

**630. Jurisprudence égyptienne : l'immunité juridictionnelle des agents de la Ligue Arabe.** Le juge pénal égyptien est également tenu de donner leur plein effet aux réserves formulées par l'Égypte lorsqu'il détermine le champ d'application ou l'interprétation d'une norme internationale pénalement effective.

Ce principe a été mis en œuvre par la Chambre criminelle pour valider la poursuite de l'épouse d'un haut fonctionnaire à la Ligue des États arabes et ce malgré un argument fondé sur l'immunité diplomatique[1454]. Dans les faits, l'accusée a été arrêtée à l'aéroport du Caire pour importation de lingots d'or sans autorisation et évasion douanière en violation des lois en vigueur. Son époux travaillant comme secrétaire premier de l'organisation régionale, elle invoque une exception tirée de l'incompétence des juridictions répressives égyptiennes à son égard, par application de la Convention relative aux privilèges et immunités de la Ligue arabe du 10 mai 1953[1455]. Selon ce traité, les employés du Secrétariat général jouissent de l'immunité juridictionnelle dans l'exercice de leurs fonctions officielles (art. 20) comme ils jouissent « *avec leur épouse et leurs enfants mineurs* » de tous les privilèges et immunités des agents diplomatiques (art. 22). Or, la Chambre criminelle relève que l'Égypte a formulé une réserve à l'égard de l'article 22 dont l'effet est d'écarter de son champ d'application les épouses et les enfants mineurs[1456]. Ainsi, l'accusée ne peut pas prétendre à l'incompétence des juridictions égyptiennes et sa condamnation est confirmée.

## § 2. LES RÉSERVES ÉMISES PAR UNE AUTRE PARTIE À LA CONVENTION INTERNATIONALE

**631.** La jurisprudence la plus importante en la matière concerne la réserve du Luxembourg attachée à sa ratification de la Convention d'entraide judiciaire en matière pénale.

Dans une procédure ouverte contre trois personnes, un juge d'instruction français a adressé aux autorités compétentes au Luxembourg une commission rogatoire internationale aux fins de plusieurs actes procéduraux visant des infractions d'abus de confiance, de blanchiment et d'escroquerie. Après la transmission des pièces d'exécution, le Procureur de la République a étendu la saisine du juge d'instruction au-delà des infractions délimitées dans la commission, y incluant la fraude fiscale, le blanchiment de fraude fiscale et la non-déclaration de capitaux transférés à l'étranger et depuis l'étranger.

---

1454 Cass. Crim. (Egy), 26 octobre 1975, Req. n° 1104, année judiciaire 45, consulté sur :*cc.gov.eg*.

1455 Cette convention a été discutée dans une décision de la CPI concernant la non-exécution par la Jordanie de la demande d'arrestation et de remise d'Omar Al-Bashir que lui avait adressée la Cour. V. CPI, Situation au Darfour (Soudan), *Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al-Bashir*, Ch. Prél. II, « Décision rendue en application de l'article 87-7 du Statut de Rome concernant la non-exécution par la Jordanie de la demande que lui avait adressée la Cour aux fins de l'arrestation et de la remise d'Omar Al-Bashir », ICC-02/05-01/09, 11 décembre 2017, par. 26 et s.

1456 Cass. Crim. (Egy), 26 octobre 1975, *op. cit.*

Or, les autorités luxembourgeoises avaient formulé des réserves lors de la ratification du premier protocole additionnel à la Convention du 20 avril 1959 « *visant précisément l'application de ses dispositions en matière d'infractions fiscales* »[1457]. Selon la réserve attachée à la ratification, le Luxembourg retient le droit de n'accepter l'entraide que dans la mesure où l'infraction pénale fiscale constitue une escroquerie en matière d'impôts » et « *à la condition expresse que les résultats des investigations faites à Luxembourg et les renseignements contenus dans les documents ou dossiers transmis soient utilisés exclusivement pour instruire et juger les infractions pénales à raison desquelles l'entraide est fournie* ».

**632.** Sur le fondement de cette réserve, les intéressés demandent l'annulation du réquisitoire supplétif, des mises en examen et autres actes subséquents. La Chambre d'instruction d'Aix-en-Provence n'est pas convaincue, retenant qu'elle n'a pas compétence pour interpréter les modalités de ratification d'une convention internationale par un État étranger ni pour rechercher si les réserves émises « *sont applicables ou non* ». Ce raisonnement ne prospère pas devant la Cour de cassation. En première étape, la Chambre criminelle rappelle qu'« *il est de l'office du juge d'interpréter les traités internationaux invoqués dans la cause soumise à son examen* »[1458]. En deuxième étape, la Chambre pose le principe de l'incorporation des réserves aux conventions internationales et l'obligation du juge pénal de les prendre en compte dans son interprétation. En raison de l'intérêt que représente cet attendu, nous nous permettons de le citer longuement :

> « les autorités judiciaires françaises, lorsqu'elles utilisent les informations qui leur ont été communiquées dans le cadre d'une convention d'entraide judiciaire en matière pénale, sont tenues de respecter les règles fixées par cette convention à laquelle s'incorporent les réserves et déclarations formulées, qui obligent les États parties dans leurs rapports réciproques ; la chambre de l'instruction, qui n'a pas recherché si les stipulations conventionnelles liant la France et le Grand-Duché du Luxembourg en matière d'entraide judiciaire en matière pénale, […] comportant des réserves […], ne faisaient pas obstacle, […] à l'extension de l'information à des infractions non visées dans la commission rogatoire internationale, parmi lesquelles figure, au surplus, la fraude fiscale, […] n'a pas justifié sa décision »[1459].

**633.** La Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale du 20 avril 1959 a également fait l'objet d'une réserve de la part des autorités suisses. Cette déclaration, dite « *réserve de spécialité* », est rédigée ainsi :

---

1457 WINCKELMULLER Florie, « Entraide judiciaire : office du juge et obligations des autorités judiciaires », *Dalloz actualité*, 31 janvier 2014, p. 1.

1458 Cass. Crim., 15 janvier 2014, *B.* n° 11 ; *RSC* 2014, p. 127, note DANET ; *D. Actualité*, 31 janvier 2014, note WINCKELMULLER ; *Droit pénal*, n° 7-8, Juillet 2014, n° 113, comm. MARON et HAAS ; *AJ Pénal* 2014, p. 243, note DE NAYVES.

1459 *Ibid.* Après cassation, la cause a été renvoyée devant la chambre d'instruction de la Cour d'appel de Lyon dont la décision a également fait l'objet d'un pourvoi. La Chambre criminelle s'exprime alors sur les moyens tirés « de la méconnaissance des réserves émises par le Luxembourg à la Convention », affirmant encore une fois la portée obligatoire des déclarations unilatérales attachées à la ratification. V. Cass. Crim., 6 avril 2016, n° 15-84.258, Inédit, consulté sur : *legifrance.gouv.fr*.

> « Les renseignements obtenus par voie d'entraide ne peuvent, dans l'État requérant, ni être utilisés aux fins d'investigations ni être produits comme moyens de preuve dans une procédure pénale visant une infraction pour laquelle l'entraide est exclue ; cette interdiction se rapporte notamment aux actes qui selon les conceptions suisses, revêtent un caractère politique, militaire ou fiscal ».

Dans une affaire de recel d'abus de bien sociaux, l'accusé se pourvoit contre l'arrêt de condamnation de la Cour d'appel de Paris sur le fondement de la réserve précité, arguant d'une mauvaise interprétation de ce qui est entendu par « *un acte revêtant un caractère politique, militaire ou fiscal, selon la conception suisse* ». La Chambre criminelle écarte le moyen et affirme la méthode de la Cour d'appel. Les juges du fond avaient pris en compte la réserve dans leur interprétation, précisant à propos de l'accusé que « *les infractions de recel d'abus de biens sociaux qui lui sont reprochées ne relèvent pas de ces trois catégories* »[1460]. Ainsi, les réserves émises par les autres parties contractantes s'imposent au juge pénal dans sa délimitation du champ d'application d'une convention internationale[1461].

## § 3. LE CAS PARTICULIER DE LA RÉSERVE ÉGYPTIENNE GÉNÉRALE RELATIVE AU DROIT MUSULMAN

**634.** Le gouvernement égyptien formule une réserve identique qui est rattachée à plusieurs conventions internationales touchant surtout aux questions de droits de l'homme. Ces conventions, comme étudié précédemment, sont dotées d'une effectivité pénale et peuvent trouver application devant le juge pénal. À titre d'exemple, la réserve rattachée à la ratification des pactes de droits de l'homme est formulée ainsi : « *vu les dispositions de la Chari'a islamique, vu la conformité du Pacte avec lesdites dispositions, le Gouvernement égyptien accepte lesdits Pactes, y adhère et le ratifie* »[1462]. Les internationalistes qualifient cette déclaration unilatérale de conformité à la

---

1460 Cass. Crim., 19 mars 2008, n° 07-82.125, Inédit, consulté sur : *legifrance.gouv.fr*.

1461 Une autre réserve émise par la Suisse a été également prise en compte par la jurisprudence française, cette fois-ci par le juge administratif. La Cour d'appel de Versailles n'a pas ignoré la réserve suisse à l'article 2 de la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale. Cette réserve se lit comme suit : « la Suisse se réserve… le droit de n'accorder l'entraide judiciaire en vertu de la Convention qu'à la condition expresse que… les renseignements contenus dans les documents ou dossiers transmis soient utilisés exclusivement pour instruire et juger les infractions à raison desquelles l'entraide est fournie ». MAZIAU Nicolas, « Jurisprudence française relative au droit international (Année 2008) », *op. cit.*, p. 875. Incorporant cette réserve à son interprétation de la Convention, la Cour d'appel décide que « les autorités fiscales françaises, lorsqu'elles utilisent des informations qui leur ont été communiquées dans le cadre de la convention européenne d'entraide judiciaire internationale du 20 avril 1959, sont tenues de respecter les règles fixées par cette convention et, dans les rapports avec les États ayant formulé des réserves à cette convention, les règles et interprétations contenues dans lesdites réserves ». CAA Versailles, 25 mars 2008, *RGDIP* 2009, n° 1, p. 226, note MATRINGE.

1462 Cette réserve a été formulée dans des termes similaires à l'égard de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes. L'article 2 de la Convention met à la charge des parties contractantes une obligation de condamner la discrimination à l'égard des femmes par des mesures appropriées y compris d'inscrire le principe de l'égalité des hommes et des femmes dans la Constitution ou toute autre disposition législative ainsi que d'adopter des sanctions en cas de discrimination entre d'autres mesures. L'Égypte formule alors une « réserve sur l'ensemble des dispositions de l'article 2 dont la République arabe d'Égypte est prête à appliquer les différents alinéas à condition qu'ils n'aillent pas à l'encontre des dispositions de la Chari'a musulmane ». Pour une critique de la position égyptienne, V. JENEFSKY Anna, « Permissibility of Egypt's

… / …

Charia de « *réserve de modification* »[1463]. Le but du réservataire n'est pas d'écarter l'application de la norme internationale, mais l'interprétation de cette dernière est modifiée au regard d'un référent extérieur.

**635.** Se pose ainsi la question de déterminer la portée de cette réserve de conformité à la Charia dans l'interprétation des normes internationales pénalement effectives (B). Pour pouvoir répondre à cette question, s'impose un passage obligé par la place de la Charia devant le juge pénal égyptien (A).

### A. La place réservée à la Charia devant le juge pénal égyptien

**636. L'article 2 de la Constitution.** Les constitutions égyptiennes ont toujours compris, depuis 1923 et jusqu'à nos jours, un article qui confirme que « *l'Islam est la religion de l'État, et l'arabe sa langue officielle* ». La première référence au droit musulman figure dans la constitution de 1971, adopté au début du mandat du président Anwar El Sadat. L'article 2 de cette constitution reprend l'ancienne formule en y ajoutant que « *les principes du droit musulman sont une source de législation* ». Le président Sadate, surnommé « *président croyant* », affrontait ses adversaires nassériens et leurs alliés communistes en accordant un laisser-faire aux mouvements islamistes. Cette stratégie culmine avec l'adoption en 1980 d'une réforme constitutionnelle érigeant les principes du droit musulman en « *la source principale de législation* », pour faire passer un autre texte prolongeant les mandats présidentiels à vie, sans opposition.

**637.** La branche de droit où la présence du droit musulman est principalement ressentie est le droit de famille. Le législateur égyptien a principalement codifié, dans une loi de 1920, les solutions apportées par les juristes de l'école Hanafite en matière de mariage et divorce, succession, garde des enfants entre autres. Cette loi représente le régime général en matière de droit de famille. Elle s'adresse principalement aux musulmans, les adeptes d'autres religions pouvant faire application de leur propre foi, sauf en cas de différence de confession.

**638.** Quant au droit pénal égyptien, il faut comprendre qu'un code pénal et un code de procédure pénal unifié ont été promulgués respectivement en 1937 et 1950. Ils ont été, tous les deux, largement modelés suivant les lignes des codes de Napoléon[1464]. Ce sont donc des droits positifs.

Il nous faut, dès lors, se pencher sur la place que réserve le droit pénal égyptien pour les principes de droit musulman en matière de législation et en matière de jurisprudence.

---

Reservations to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women », 15 *Md. J. Int'l L.* 199 (1991).

1463 RIVIER Raphaële, *Droit international public*, 3e éd., PUF, coll. Thémis droit, 2017, p. 72.

1464 Kevin HELLER et Markus DUBBER, *The handbook of comparative criminal law*, Stanford University Press, 2011, p. 5.

**639. Au niveau des infractions.** En matière d'incrimination, il est important de noter que le système de hudud n'est pas du tout appliqué en Égypte. Si des actes comme l'adultère et la diffamation sont criminalisés, leurs éléments constitutifs n'ont presque rien de comparable avec leurs homologues islamiques. Par ailleurs, la consommation d'alcool par exemple n'est pas criminalisée dans le code pénal, sauf en cas d'ivresse manifeste sur la voie publique. L'apostasie ne constitue également pas une infraction en droit égyptien, mais l'apostat trouve son statut civil négativement affecté, il ne peut plus hériter ni se marier.

L'une des rares incriminations d'inspiration religieuse semble être le délit de « *mépris de la religion* », contenu dans l'article 98-f du code pénal égyptien. Ce texte précise que sera condamné d'emprisonnement ou d'amende, tout individu qui propage « *des idées subversives ayant pour but de semer la zizanie ou de mépriser les religions monothéistes ou les communautés qui y font obédience, ou qui portent atteinte à l'unité nationale* ». Cette infraction engendre des conséquences négatives sur la liberté d'expression, surtout qu'elle ne répond pas aux exigences du principe de légalité criminelle, dans la mesure où elle ne définit pas de manière claire et précise les actes constitutifs du mépris de la religion.

**640. Au niveau des peines.** En matière de peine en droit égyptien, le caractère islamique disparaît également. Il n'y a donc pas de flagellation, de lapidation et d'amputation de main. Si l'on peut constater un certain poids pour le droit musulman, ça sera peut-être son influence sur la persistance de la peine de mort dans le système pénal égyptien. Cette influence s'étend également aux procédures de jugement. L'article 381 du code de procédure pénale égyptien explique que la peine capitale est décidée à l'unanimité par les juges de la Cour d'assises. Cependant, La Cour ne peut pas prononcer cette peine avant de prendre l'avis du Mufti, le représentant de l'autorité religieuse. La Cour lui envoie le dossier de l'affaire, et ce dernier dispose d'un délai de 10 jours pour s'exprimer sur la conformité de la décision rendue avec les règles du droit musulman. Les travaux préparatoires du code pénal montrent que cette procédure est motivée par « *le désir d'assurer le condamné de la justesse de la peine selon le droit musulman, ce droit qui est doté d'un poids symbolique important dans l'opinion publique* »[1465]. La Cour de cassation égyptienne a affirmé à plusieurs reprises que l'avis du Mufti a une valeur purement consultative, la Cour d'assises n'étant pas tenue de le réfuter, ni même de le citer dans le jugement[1466].

**641.** À partir de cette présentation, il faudra analyser l'influence que peut avoir la Charia sur l'interprétation de la loi par le juge pénal égyptien surtout au regard du fait que « *les principes de droit musulman sont la source principale de législation* ».

---

1465 Cass. Crim. (Egy), 4 décembre 2001, Req. n° 23121, année judicaire 67, consulté sur : *cc.gov.eg*.

1466 Cela dit, il y a eu des cas où cet avis a eu des répercussions sur la décision de la Cour d'assises, à savoir l'affaire de Mohamed Badie, le guide suprême des frères musulmans. Badie était récemment poursuivi, entre autres, pour provocation à tuer des manifestants devant une mosquée au Caire, un crime passible de la peine de mort. La Cour d'assises de Guiza, ayant décidé de la peine capitale, envoie le dossier au Mufti, qui ne valide pas la décision à cause de l'insuffisance de preuves selon le droit musulman. La Cour d'assises rend enfin un jugement de réclusion à perpétuité, sans faire aucune référence à l'opinion du Mufti.

**642. Le juge pénal et les principes de droit musulman.** La Haute Cour constitutionnelle d'Égypte, dans son interprétation de l'article 2, a considéré que cette disposition s'adresse au législateur et non pas au juge[1467]. Elle a restreint son application aux lois promulguées après son entrée en vigueur, donc après 1971. Enfin, elle a considéré que les principes du droit musulman, en leur qualité de source principale de législation, ne lient le législateur que dans les matières où l'unanimité entre les juristes a été constatée autour de textes dont l'interprétation est certaine. Ainsi, elle a encouragé le législateur à prendre en compte les circonstances du temps et l'évolution des valeurs sociales en toute matière ne faisant pas consensus parmi les juristes[1468]. Des notions comme la « garde à vue » et la « détention provisoire » n'ont pas été étudiées par les juristes musulmans, ainsi leur réglementation est positive.

**643.** Au regard des directives de la juridiction constitutionnelle, la Chambre criminelle a confirmé à plusieurs reprises que ce texte « *n'est pas directement applicable* » devant le juge pénal[1469]. Ainsi, il faut que le législateur intervienne pour formuler les principes de droit musulman dans « *des textes législatifs spécifiques* »[1470]. C'est ainsi que la Chambre criminelle, surtout en matière de preuve[1471], a refusé d'interpréter les lois répressives « *en vertu dudit texte constitutionnel* »[1472]. Un exemple pertinent est celui d'une affaire de viol dans laquelle l'accusé demande à la Cour de cassation de supprimer le témoignage de la femme victime. Il fonde ce moyen sur le droit musulman, arguant que le témoignage d'une seule femme n'est pas suffisant en droit musulman. La Chambre criminelle écarte ce moyen en considérant que, même si cette règle existe dans les opinions de certains juristes musulmans, elle n'a pas été codifiée par le législateur égyptien[1473].

### B. La place de la réserve de conformité à la Charia dans l'interprétation des normes internationales pénalement effectives

**644.** Au regard de ce qui a été présenté, il apparaît que le juge pénal n'est pas tenu par le droit musulman à moins que le législateur intervienne pour codifier les règles de ce droit dans « *des*

---

1467 HCC (Egy), 4 mai 1985, Req. n° 20, année judiciaire 1, consulté sur : *hccourt.gov.eg*.

1468 HCC (Egy), 15 mai 1993, Req. n° 18, année judiciaire 10, consulté sur : *hccourt.gov.eg*.

1469 Cass. Crim. (Egy), 16 décembre 2009, Req. n° 37555, année judiciaire 72 ; 19 mars 1985, Req. n° 6382, année judiciaire 53, consulté sur : *cc.gov.eg*.

1470 *Ibid.*

1471 *Ibid.*

1472 Cass. Crim. (Egy), 15 mai 1997, Req. n° 20889, année judiciaire 62, consulté sur : *cc.gov.eg*. Les autres formations de la Cour de cassation égyptienne adoptent la même position que la Chambre criminelle en refusant d'interpréter les lois applicables à la lumière de la Charia. C'est ainsi que la Chambre civile a reproché aux juges du fond d'avoir effectué un contrôle de conformité à la Charia à l'égard de deux dispositions du Code civil, « alors qu'il est refusé d'invoquer les principes de droit musulman tant que le pouvoir législatif ne les a pas codifiés dans une loi positive ». Cass. Civ. (Egy), 8 janvier 1990, Req. n° 108, année judiciaire 57, consulté sur : *cc.gov.eg*.

1473 Cass. Crim. (Egy), 6 septembre 2012, Req. n° 2012, année judiciaire 75, consulté sur : *cc.gov.eg*.

*textes législatifs spécifiques* ». À suivre la logique de la Chambre criminelle, il n'appartient pas au juge pénal d'adapter son interprétation de la norme internationale aux regards de la réserve générale du droit musulman (2). Cependant, ce choix n'est pas évident, surtout au regard de la position récente du Conseil d'état qui peut, potentiellement, bouleverser une jurisprudence pénale longuement stable (1).

## 1. Le juge ordinaire gardien de la Charia ? À propos du droit de grève dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques

**645.** On a déjà évoqué[1474] l'arrêt de la Cour de sûreté dans lequel ont été acquittés, du chef d'interruption de travail, les conducteurs de chemins de fer ayant fait grève en 1987[1475]. Dans son raisonnement, le juge pénal a écarté la loi nationale par application de l'article 8 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels qui consacre le droit fondamental de grève. Malgré la réserve de conformité au droit musulman formulée à l'égard de l'ensemble du Pacte, le juge pénal n'a pas effectué une analyse pour déterminer si ce droit était conforme aux principes de droit musulman. Ainsi, il interprète la norme internationale et détermine son champ d'application telle qu'elle a été conçue par ses rédacteurs.

**646. Incorporation critiquable de la réserve.** Cependant, la logique de cette décision pénale, célébrée pour son libéralisme, n'a pas emporté la conviction du Conseil d'État égyptien. En 2014, trois fonctionnaires d'un organisme local se sont vu infliger la sanction disciplinaire de la « mise en retraite d'office » pour avoir organisé une grève dans leur lieu de travail. Ils ont saisi la justice administrative jusqu'à ce que l'affaire arrive au sommet de l'échelon, donc devant la Haute Cour administrative.

Dans leur pourvoi, les fonctionnaires invoquent le droit de grève consacré par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, convention postérieure au texte législatif sur le fondement duquel ils ont été sanctionnés[1476]. On s'attendait que cette dernière raisonne de la même manière que l'a faite son homologue judiciaire en 1987, mais la déception était profonde.

La Cour observe, dans un premier temps, que la réserve de conformité au droit musulman fait partie intégrale de l'interprétation du Pacte international. En cela, elle aligne sa position sur celle des chambres criminelles en France et en Égypte, qui affirment toutes les deux que les réserves émises par un État s'incorporent à la convention. Dans un deuxième temps, la Haute Cour administrative observe que l'exercice du droit de grève doit être conforme à la Charia. Pour la Cour, deux principes de droit musulman régissent la question. Selon le premier, « *refouler le tort prime sur la recherche du bien* ». En d'autres termes, même si la sollicitation par les

1474 V. *supra* n° 387.

1475 Cour de sûreté de l'État-Urgence (Egy), 16 avril 1987, Req. n° 4190, année 86, consulté sur : *eastlaws.com*.

1476 CE (Egy), 18 avril 2015, Req. n° 24587, année judiciaire 61, consulté sur :*eastlaws.com.*

fonctionnaires de leurs droits légitimes est un « *bien* », elle est classée au second rang par rapport au « *tort* » dû à l'interruption du travail dans un service public. Selon le second des principes, il ne faut pas « *provoquer de dommages, ni répliquer par le dommage* ». Au-delà du critère de préjudice, les juges administratifs considèrent, toujours par référence au droit musulman, que l'interruption de travail est « *une rébellion contre le pouvoir hiérarchique alors que l'obéissance au supérieur est obligatoire* »[1477].

**647.** Les juges administratifs concluent en confirmant la sanction disciplinaire contre les trois fonctionnaires. L'interprétation de la norme internationale consacrant le droit de grève est modifiée par la réserve de conformité à la Charia. Ce jugement constitue un précédent en droit égyptien, et quand bien même il doit être félicité pour le principe de l'incorporation des réserves aux conventions internationales, le résultat qu'il consacre demeure fort critiquable.

## 2. Le juge pénal gardien de la Charia dans l'interprétation des normes internationales ?

**648. Enjeux.** Pour répondre à cette question, le juge pénal se trouve devant deux règles à l'apparence contradictoire. D'un côté, il lui appartient d'incorporer les réserves formulées à l'égard des normes internationales pénalement effectives dans son interprétation. Le juge égyptien a rempli ce devoir lorsqu'il a été confronté à des réserves spécifiques rédigées de manière à délimiter le champ d'application de la norme internationale, tel que dans le cas de l'immunité de juridiction. Logiquement, il lui appartient donc d'incorporer la réserve de la Charia dans son interprétation des conventions internationales.

Cependant, cette réserve est formulée par l'État égyptien de manière très générale, comme dans le cas du Pacte international des droits civils et politiques à titre d'exemple[1478]. Ce traité rappelle dans son préambule l'obligation faite aux États de « *promouvoir le respect universel et effectif des droits et des libertés de l'homme* ». Soumettre l'interprétation des droits conventionnels pénalement effectifs à un contrôle d'islamité dépasse la compétence du juge pénal et rend lettre morte l'engagement d'adhésion au patrimoine universel.

Par ailleurs, la Chambre criminelle de la Cour de cassation égyptienne a affirmé à plusieurs reprises qu'elle n'était pas tenue par les normes de droit musulman tant que celles-ci n'ont pas été codifiées par le législateur par « *des textes spécifiques* ». Ainsi, pour que la réserve de conformité à la Charia produise ses effets dans la modification de l'interprétation d'une norme internationale, elle doit être rédigée de manière à préciser au juge pénal la règle spécifique de

---

1477 *Ibid.* Il existe plusieurs indices que cette question de « l'obéissance due au supérieur » ne fait pas l'unanimité. C'est ainsi que les juristes rapporte un Hadith du Prophète selon lequel « le meilleur des djihads est un mot de justice auprès d'un souverain injuste ». De même, le calife Abu Bakr s'adressait au peuple musulman pour le « corriger » s'il commet une faute.

1478 Pour d'autres exemples, V. MONFORTE Tanya, « Broad strokes and bright lines: a reconsideration of Shari'a based reservations », 35 *Columbia Journal of Gender & Law* 1 (2017).

droit musulman préservée. Une délégation générale au juge pénal n'est pas possible et c'est sur ce point que l'arrêt administratif est fort critiquable.

**649. Interdiction des réserves générales et imprécises.** Notre point de vue est renforcé par plusieurs indices de source internationale. Dans sa soixante-troisième session, la Commission du droit international a adopté un Guide de la pratique sur les réserves aux traités[1479]. Bien que cet instrument soit dépourvu de force juridique, il fournit aux membres de la communauté internationale « *un outil précieux dans la solution de nombreux problèmes posés par les réserves aux traités et les déclarations interprétatives* »[1480]. Dans son article 3.1.5.2, il interdit les réserves vagues ou générales, posant une règle selon laquelle « *une réserve doit être rédigée en des termes permettant d'en apprécier la signification, afin d'en déterminer en particulier la compatibilité avec l'objet et le but du traité* ».

Selon Alain Pellet, le Rapporteur spécial de la question des réserves à la Commission, la problématique de « *réserve de la Charia* »[1481] n'est pas liée à son origine religieuse, mais justement à son imprécision qui rend impossible un contrôle de compatibilité avec l'objet et le but du traité. En cela, la « *réserve de la Charia* » est comparable à d'autres réserves liées au droit national comme celle qui soumet l'ensemble des dispositions d'un traité au respect des exigences constitutionnelles nationales[1482]. Avant l'adoption du Guide, plusieurs États avaient déjà formulé des objections contre ces réserves. C'est ainsi que l'Espagne a critiqué la réserve pakistanaise qui subordonne l'application de certains articles du Pacte à leur conformité à la Charia comme « *une référence générale à ces principes sans en préciser la teneur* ». Une critique assez proche a été également formulée par la France à l'égard de la réserve mauritanienne. Pour la France :

> « Le Gouvernement mauritanien formule, en réalité, des réserves d'une portée générale et indéterminée telles qu'elles ne permettent pas d'identifier les modifications des obligations du Pacte qu'elles sont destinées à introduire. Le Gouvernement de la République française considère que les réserves ainsi formulées sont susceptibles de priver les dispositions du Pacte de tout effet et sont contraires à l'objet et au but de celui-ci. »

**650.** Au regard des éléments précédents, le juge pénal égyptien est appelé à se protéger des radiations de la jurisprudence administrative et à aligner sa position sur celle de la pratique internationale. Le juge pénal est toujours tenu d'incorporer la réserve de la Charia dans son interprétation des normes internationales. Cependant, nous estimons que cette obligation ne lui incombe que dans le cas exclusif où cette réserve est rédigée de manière précise permettant de déterminer, de manière spécifique, les modifications apportées à l'interprétation de la norme internationale.

---

1479 Annuaire de la Commission du droit international, 2011, vol. II (2).

1480 *Ibid.*

1481 PELLET Alain, « The ICL guide to practice on reservations to treaties: a general presentation by the Special Rapporteur », 24 *EJIL* 1061, 1097 (2013).

1482 V. la réserve générale faite par le Guatemala à propos des conventions sur les réfugiés. COLELLA Alberto, « Les réserves à la Convention de Genève (28 juillet 1951) et au Protocole de New York (31 janvier 1967) sur le statut des réfugiés », *AFDI*, vol. 35, 1989, p. 452.

## CONCLUSION CHAPITRE II

**651.** Le régime des réserves aux traités a été conçu pour ouvrir aux États une troisième voie entre l'acceptation complète ou le refus intégral d'une convention internationale. Comme l'a exprimé la jurisprudence française, les réserves et déclarations interprétatives constituent « *un instrument en rapport avec le traité et concourant, en cas de litige, à son interprétation* »[1483]. Plusieurs normes internationales pénalement effectives sont assorties de ce type de déclarations unilatérales.

**652.** Pour que la réserve produise son effet dans la modification de l'interprétation de la norme internationale devant une juridiction répressive, elle doit répondre à l'un des cas formellement prévus par le traité. Par ailleurs, la réserve doit être conforme au but et à l'objectif visé par le texte international. Au regard du fait que le juge pénal, dans les États comparés, n'a jamais déclaré l'invalidité d'une réserve, les effets théoriques d'une telle déclaration ont été exposés. La théorie de la dissociabilité de la réserve a été prônée. Par conséquent, l'État reste lié par la disposition internationale à laquelle cette réserve est rattachée et le juge pénal est tenu de l'appliquer jusqu'à ce qu'une volonté étatique contraire soit exprimée par la dénonciation de l'ensemble de la convention.

**653.** Les réserves et les déclarations interprétatives valides s'incorporent au traité et guident l'interprétation de la norme internationale ainsi que la détermination du champ d'application de celle-ci. Le juge pénal national est tenu de leur donner effet dans l'interprétation, qu'elles soient émises par son État ou par un autre État partie à la convention. En droit égyptien, la réserve de conformité à la Charia, rattachée à plusieurs conventions internationales pénalement effective, a fait l'objet d'une analyse indépendante. Le juge pénal égyptien est tenu d'incorporer la réserve de la Charia dans son interprétation des normes internationales. Cependant, au regard du caractère général et imprécis de la réserve, nous estimons que cette obligation ne lui incombe que dans le cas exclusif où cette réserve est rédigée de manière précise permettant de déterminer, de manière spécifique, les modifications apportées à l'interprétation de la norme internationale.

---

1483 Cons. Const., 15 juin 1999, n° 99-412 DC, *Recueil*, p. 71.

## CONCLUSION DU TITRE I

**654.** Dans la première partie, nous avons remarqué que la théorie générale de l'application des conventions internationales doit prendre en compte les spécificités et les principes directeurs du droit pénal. En matière d'interprétation, le processus d'inculturation s'inverse, réfléchissant ainsi son caractère réciproque. Le juge pénal adapte son travail interprétatif aux directives du droit international conventionnel.

**655.** La nature des traités comme instruments juridiques exprimant la volonté commune de plusieurs États a imposé au juge pénal national une interrogation sur sa compétence d'interprétation. Ainsi, se répandaient dans la jurisprudence pénale française des références aux traités comme « *actes de haute administration* » pour justifier le caractère obligatoire du renvoi à l'interprétation ministérielle. Les juridictions américaines se barricadent toujours derrière cet argument pour motiver la « *valeur substantielle* » de l'interprétation de l'Exécutif et leur prudence judiciaire en la matière. Cette approche reflète une volonté politique d' « *unifier le mot* » du pouvoir fédéral sur la scène internationale. En revanche, les conventions internationales ne sont pas mises sur un piédestal dans le système pénal égyptien. Dès lors qu'elle constitue une source de droit pénal national, le juge égyptien estime que « *son devoir implique d'étudier les règles de cette convention et d'interpréter les dispositions qui le nécessitent afin de les appliquer au cas d'espèce* ». La position de la jurisprudence pénale française a heureusement évolué dans ce sens.

Au-delà de leur source interétatique, les conventions internationales se démarquent par leur objectif d'harmonisation du droit interne des différentes parties contractantes en matière de lutte contre la criminalité, de droits individuels ou de règles de poursuite et de coopération interétatique. En l'absence d'une instance supranationale, il semble que les juridictions répressives internes s'efforcent d'assurer les objectifs des conventions en se tournant vers les interprétations données par des instances étrangères au système juridique interne. Le juge pénal national choisit de déférer à l'interprétation de juridictions internationales comme la Cour internationale de justice ou à celle de ses homologues dans les autres États parties à la convention. Ce dialogue judiciaire autour de l'interprétation de textes conventionnels communs tend vers l'harmonisation de son application. De surcroît, dans la mesure où des organismes spécifiques sont associés à la négociation, à la rédaction ou au contrôle de certaines conventions internationales, il semble que le juge pénal prête plus d'attention à leur contribution dans l'exercice de son travail interprétatif.

**656.** Le juge pénal national adapte également son pouvoir interprétatif aux exigences du droit international en matière de réserves, régime conçu pour ouvrir aux États une troisième voie entre l'acceptation complète ou le refus intégral d'une convention internationale. Ainsi, les juridictions répressives s'assurent que la déclaration étatique unilatérale répond aux conditions formelles posées par le texte international. De surcroît, la Convention de Vienne sur le droit des traités, ratifiée par l'Égypte et de nature coutumière dans les systèmes américain et français, exige que la réserve rattachée à une norme internationale réponde au but et à l'objectif du traité. Une fois que le juge pénal confirme la validité de la réserve, celle-ci guide son interprétation de la norme internationale et la détermination du champ d'application de la

convention. Au regard de l'enjeu d'adaptation de l'exercice interprétatif du juge pénal à la nature des conventions internationales, a été critiquée la réserve égyptienne de conformité à la Charia en raison de son caractère général et imprécis.

**657.** Une fois le champ d'application de la convention déterminé et ses termes clarifiés, le juge pénal national peut matérialiser l'effectivité pénale enfermée dans la norme internationale par l'emploi d'une technique d'application.

# TITRE II.

## LES TECHNIQUES D'APPLICATION DES CONVENTIONS INTERNATIONALES : LA MATÉRIALISATION PRATIQUE DE L'EFFECTIVITÉ PÉNALE

**658.** Dans le livre des morts des Anciens Égyptiens, la dernière étape avant d'accéder à l'Au-delà est la pesée du cœur du défunt. Le cœur est placé sur une balance, le contrepoids étant la plume de Maât, déesse de la justice. Le cœur confesse ses péchés et une fois son intériorité éclairée, il peut « *sortir au jour* ».

Dès lors qu'une convention internationale valide et pénalement effective est interprétée (confession) par le juge répressif (Maât), s'impose une dernière étape d'application concrète aux faits (sortir au jour).

**659.** La convention de Vienne relative au droit des traités fournit au juge national quelques indications interprétatives. Cependant, en matière d'application, ni les constitutions comparées, ni le droit international ne dessinent la manière par laquelle l'effectivité de la norme internationale doit être matérialisée. Il n'existe ni méthodologie ni méthode, sauf à en déduire une préférence de principe selon les traditions de monisme ou de dualisme. C'est ainsi la pratique du juge pénal qui, par essais et erreurs, produit un ensemble accumulé de savoirs spécifiques au sujet de l'application des conventions internationales.

**660.** Entre les deux termes de « *méthode* » et « *technique* », nous avons préféré le deuxième. La « *méthode* » est un « *ensemble ordonné de manière logique de principes, de règles, d'étapes permettant de parvenir à un résultat* » (Larousse). En revanche, le mot « *technique* » renvoie à « *un ensemble de moyens spécifiques (procédés, opérations) qui président […] à la réalisation du Droit* »[1484]. Si technique et méthode partagent un objectif de matérialisation du droit, le premier terme a été préféré en raison du fait qu'il renferme également une notion de savoir-faire pratique développé par le juge et de maîtrise de ces moyens spécifiques de matérialisation[1485]. Ainsi, dans un premier temps, l'accent est mis sur l'origine judiciaire des techniques d'application des conventions internationales et l'existence d'un savoir spécifique à la réalisation du droit conventionnel.

**661.** Le terme « *technique* » est parfois mis en lien avec l'intégration, donc avec les conditions d'application. Ainsi, Bérangère Taxil, dans une intervention au troisième Congrès des Cours judiciaires suprêmes francophones, définit les techniques d'intégration comme celles « *destinées à faire produire des effets juridiques complets à une norme internationale dans un ordre juridique étatique* »[1486]. Dans sa conception, elle englobe les notions de validité établie constitutionnellement, d'effectivité et d'application utilisées judiciairement, suivant ainsi le chemin de la norme internationale « *jusqu'à sa destination ultime* »[1487].

---

1484 CORNU Gérard, *op. cit.*, p. 591.

1485 *Ibid.* à titre d'exemple, le juge pénal a utilisé et adapté son acquis de techniques classiques de responsabilité pénale pour l'investir dans la poursuite des auteurs de crimes internationaux devant les juridictions pénales internationales. V. KHALIFA Ahmed F., *Les techniques d'imputation devant les juridictions pénales internationales : Réflexion sur la responsabilité pénale individuelle*, Thèse, Université de Poitiers, 2012, 544 p.

1486 TAXIL Bérangère, « Méthodes d'intégration du droit international en droits internes », *AHJUCAF*, Actes du 3ème Congrès des Cours judiciaires suprêmes francophones « Internalisation du droit, internalisation de la justice », Ottawa (Canada), 2010, p. 104, consulté sur : *ahjucaf.org*.

1487 *Ibid.*

**662.** Pour définir les techniques d'application des conventions internationales par le juge pénal, il est pertinent de canaliser les écrits de monsieur Claude Lombois. Dans son *Droit pénal général*, l'auteur distingue entre l'interprétation-déchiffrement de la norme, « *effort intellectuel pour en saisir la signification* »[1488], d'un côté ; l'interprétation-rendement comprise comme l'exercice de « *lui faire rendre l'effet qui y est enfermé* »[1489], de l'autre. Dans ce dernier cas, « *la règle juridique, abstraite et inerte, entre en mouvement pour produire un effet sensible dans un cas concret* »[1490].

Ainsi la technique d'application est l'opération juridique par laquelle le juge répressif matérialise l'effectivité pénale qui est enfermée dans la convention internationale. La norme internationale entre en mouvement pour produire un effet sensible dans le procès pénal. Le juge répressif examine la norme internationale. Dans l'hypothèse où elle jouit d'une importante effectivité pénale, elle pourra se matérialiser par une technique d'application directe (Chapitre II). En revanche, si son effectivité est moindre, le juge pourra toujours utiliser une technique d'application indirecte (Chapitre I). Dans ce cas, la norme conventionnelle agit surtout sur l'interprétation de la loi pénale interne. Une convention sans effectivité ne pourra donc pas se matérialiser selon cette conception. Nous avons choisi de présenter ces techniques d'application par ordre croissant de l'effectivité pénale nécessaire.

De manière simple, la distinction entre techniques d'application directe et indirecte est fondée sur le texte qui est concrètement appliqué aux faits :

> « Lorsque les tribunaux appliquent indirectement, une disposition de droit autre que le traité lui-même prévoit la règle de décision. En revanche, lorsque les tribunaux appliquent directement, le traité lui-même fournit la règle de décision. »[1491]

Dans l'application indirecte, il y a cohabitation entre loi pénale nationale et norme internationale. En revanche, l'application directe implique généralement un conflit entre les deux normes. Dans une affaire relative au traitement médical des prisonniers, une Cour fédérale de district exprime une compréhension proche de notre distinction entre les techniques d'application. Selon *Kane v. Winn*, un traité est directement appliqué lorsqu'il est « *self-executing* », dans le sens que « *ses dispositions agissent directement sur les problèmes juridiques en question* ». Toutefois, « *même lorsque le traité n'est pas self-executing, les tribunaux doivent s'efforcer de ne pas donner aux lois une interprétation contraire aux obligations internationales énoncées dans un tel traité* »[1492].

---

1488 LOMBOIS Claude, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 15.

1489 *Ibid.*

1490 *Ibid.*

1491 SLOSS David, « The domestication of International human rights: non-self-executing declarations and human rights treaties », *op. cit.*, p. 145.

1492 *Kane v. Winn*, 319 F.Supp.2d 162 (D. Mass. 2004): « At the same time, a treaty can only be directly applied in a case if it is self-executing—that is, if its provisions "act directly" on the issues in question, rather than merely "pledge the faith of the United States to pass acts which shall ratify and confirm them. […] Even when a treaty is not self-executing, courts must strive not to interpret statutes to conflict with the international obligations expressed in such a treaty ».

# CHAPITRE I.

# LES TECHNIQUES D'APPLICATION INDIRECTE : LES CONVENTIONS COMME OUTIL INTERPRÉTATIF DU DROIT PÉNAL NATIONAL

**663.** Dans le cas de l'application indirecte[1493], le texte applicable devant le juge pénal est la loi nationale. Le travail du juge consiste ainsi à infuser l'interprétation du droit pénal national par les conventions internationales[1494]. L'effectivité de la convention internationale se matérialise par une influence limitée. La norme internationale agit sur la solution offerte par le texte national ; elle n'offre pas elle-même la solution juridique.

**664.** Une analogie intéressante peut être faite avec le voyage de la lumière dans l'espace et sa relation avec la gravité des corps célestes. Chaque corps céleste possède une masse et par conséquent, une gravité. L'intensité de cette gravité dépend proportionnellement de la masse du corps. Quand la lumière passe à côté d'une planète, elle est déviée dans sa trajectoire par la force gravitationnelle de la planète. Plus la masse de la planète augmente, plus la déviation dans la trajectoire de la lumière est importante. Dans notre analogie, les planètes représentent les conventions internationales. Leur effectivité pénale constitue leur force de gravité. Quand la loi nationale (lumière) est le texte applicable devant le juge pénal, sa trajectoire normale dans la solution du problème juridique peut être déviée par l'effectivité pénale (gravité) des traités (planètes). Plus l'effectivité du traité s'accroît par l'accumulation des qualités requises, plus la déviation dans la trajectoire de la loi nationale est remarquable (V. annexe n° 2).

**665.** Il existe trois niveaux d'application indirecte qu'on représente par ordre croissant de leur influence respective sur la solution juridique fournie par la loi nationale. En premier lieu, la convention internationale est utilisée pour confirmer une norme de droit pénal interne (Section I). Par cette technique, le juge pénal cite les dispositions internationales pertinentes comme valeur ajoutée, « *comme soutien supplémentaire au texte juridique interne* »[1495]. La sensibilité du juge pénal au droit international conventionnel contribue ainsi à la convergence des sources de droit pénal. En deuxième lieu, la norme internationale peut être investie pour conformer l'interprétation d'une norme pénale interne (Section II). « *L'interprétation conforme consiste à choisir*

---

1493 Pour Marco Marcoff, sont d'application indirecte les règles « qui ne créent pas de droits subjectifs susceptibles d'être invoqués et défendus en justice par des particuliers, ou qui demandent l'édiction d'actes législatifs ou exécutifs de droit interne, afin d'être appliquées par les organes étatiques, y compris les organes judiciaires ». MARCOFF Marco, « Les règles d'application indirecte en droit international », *RGDIP* 1976/1, p. 408.

1494 SHERMAN Mark Andrew, « Indirect incorporation of human rights treaty provisions in criminal cases in United States courts », 3 *ILSA J. Int'l & Comp. L.* 719, 720 (1997).

1495 WATERS Melissa, *op. cit.*, p. 654.

*parmi les différents sens possibles celui qui concorde avec le sens d'une autre disposition, prise comme norme de référence* »[1496]. Finalement, les conventions internationales jouent un rôle important en cas de promulgation d'une loi nationale qui incorpore une obligation internationale de punir. La disposition conventionnelle pénalement effective peut clarifier les éléments constitutifs de l'infraction nationale, que ce soit au niveau de l'*actus reus* ou celui du *mens rea* (Section III).

1496 SCIOTTI-LAM Claudia, *L'applicabilité des traités internationaux relatifs aux droits de l'homme en droit interne*, Bruylant, Bruxelles, 2004, p. 507.

## SECTION I.
## CONFIRMER UNE NORME INTERNE : LA CONVERGENCE DES SOURCES DE DROIT PÉNAL

**666. Notion.** Quand la convention internationale est utilisée pour confirmer une norme pénale interne, cela signifie que son effectivité pénale est à son plus bas niveau. Le fait qu'elle n'a pas réuni assez de critères d'application se reflète sur l'effet qu'elle peut avoir sur la solution de l'affaire pénale. Par cette technique, le juge pénal cite les dispositions internationales pertinentes comme valeur ajoutée, « *comme soutien supplémentaire au texte juridique interne* »[1497]. Cette référence démontre également la sensibilité du juge pénal au droit international, même si le texte national aurait suffi à donner la solution juridique, contribuant ainsi à l'harmonisation des différentes sources du droit pénal. « *Utiliser l'ensemble des dispositions allant dans le même sens ne peut que renforcer leur application* »[1498]. Dans ce cas, le mieux n'est pas l'ennemi du bien, il en est l'ami.

**667. Une pratique des Cours suprêmes.** Un exemple intéressant de l'emploi de cette technique est offert dans l'arrêt de la Cour suprême américaine *Grutter v. Bollinger*. Était contestée la politique d'action positive (*affirmative action*) de la faculté de droit de l'Université de Michigan qui avait pour objectif d'assurer la diversité raciale entre les étudiants. Pour la requérante, l'utilisation de préférence raciale dans l'admission est contraire à la clause de l'égalité devant la loi du quatorzième amendement constitutionnel. La Cour suprême n'était pas d'accord, jugeant que « *dans le cadre d'une enquête individualisée sur les contributions possibles de tous les candidats à la diversité, le programme d'admission de la faculté de droit, axé sur l'appartenance raciale, ne nuit indûment pas aux candidats non minoritaires* »[1499]. Pour ce qui intéresse notre sujet, la juge Ginsburg, dans son opinion concurrente, remarque que les objectifs de l'action positive s'accordent avec les conventions internationales ratifiées par les États-Unis et surtout la Convention de 1966 sur l'élimination de la discrimination raciale qui approuve « *les mesures spéciales et concrètes visant à assurer le développement adéquat et la protection de certains groupes raciaux, […] dans le but de leur garantir la pleine et égale jouissance des droits de l'homme et des libertés fondamentales* »[1500]. Quand la majorité de la Cour ne fait pas référence au droit international pour fournir la solution juridique, la juge y trouve un argument pour confirmer le raisonnement de la Cour et sa compréhension de la disposition constitutionnelle en question.

---

1497 WATERS Melissa, *op. cit.*, p. 654.

1498 AUBERT Bernadette, *op. cit.*, p. 143.

1499 *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306 (2003).

1500 *Ibid.*, [Ginsburg, concurring].

**668.** De même, la Haute Cour constitutionnelle égyptienne a développé une tendance vers la confirmation des droits individuels par le biais des traités, alors qu'une disposition constitutionnelle consacre explicitement le droit. Il est vrai que la Cour ne détermine pas expressément l'effet des dispositions internationales dans ce contexte. Néanmoins, la juridiction suprême fait référence au Pacte international relatif aux droits civils et politiques (art. 22) pour confirmer le droit d'association[1501] et le droit de constituer des syndicats[1502], à la Convention concernant la lutte contre la discrimination dans le domaine de l'enseignement[1503], ainsi qu'aux deux conventions d'élimination de discrimination (raciale et contre la femme) pour confirmer le droit du choix de l'époux[1504]. Par la même méthode, la Cour de cassation égyptienne cite la Convention internationale contre la torture, « *ratifiée par l'Égypte* », pour confirmer la responsabilité civile du Président de la République pour les actes de torture commis par les agents de l'État[1505].

**669. La technique dans la jurisprudence d'États dualistes.** Au-delà des juridictions étudiées, cette technique a été généralement utilisée par le juge pénal dans des systèmes juridiques prônant le dualisme dans la relation entre droit interne et droit international[1506]. À titre d'exemple, la Cour d'appel de la Nouvelle Zélande fait référence au Pacte international des droits civils pour confirmer le principe *ne bis in idem*, « *la maxime universelle du common law d'Angleterre* »[1507], après avoir cité un précédent judiciaire et le *New Zealand Bill of Rights Act*, une loi nationale ayant intégré les obligations du Pacte. De même, la Cour suprême du Canada a retenu comme constitutionnelle l'incrimination de la détention de pornographie enfantine par référence à plusieurs instruments internationaux, dont la Convention relative aux droits de l'enfant ratifiée par le Canada en 1991[1508].

**670. Évaluation.** Certains commentateurs trouvent que la citation des conventions internationales dans le contexte de confirmation des normes pénales internes est « *purement ornementale* »[1509], « *un hommage* » de respect envers le droit international[1510]. Pour d'autres, un argument plus impérieux est tiré de la nécessité d'une convergence entre différents ordres juridiques dans le

---

1501 HCC (Egy), 3 juin 2000, Req. n° 153, année judiciaire 21, consulté sur : *sccourt.gov.eg*.

1502 HCC (Egy), 2 janvier 2011, Req. n° 198, année judiciaire 23 ; HCC (Egy), 4 mars 2012, Req. n° 199, année judiciaire 27, consultés sur : *sccourt.gov.eg*.

1503 HCC (Egy), 10 juin 2007, Req. n° 109, année judiciaire 27, consulté sur : *sccourt.gov.eg*.

1504 HCC (Egy), 18 mars 1995, Req. n° 23, année judiciaire 16, consulté sur : *sccourt.gov.eg*.

1505 Cass. Civ. (Egy), 7 mars 2003, Req. n° 3619, année judiciaire 63, consulté sur : *cc.gov.eg*.

1506 Pour des illustrations de l'utilisation de cette technique par des juridictions en Australie, au Canada et à la Nouvelle-Zélande, V. WATERS Melissa, *op. cit.*, p. 655-656.

1507 *The Queen v. Stephens*, [2003] NZCA 57 (C.A. Mar. 24, 2003/Nouvelle-Zélande), consulté sur: *worldlii.org*.

1508 *R. v. Sharpe*, [2001] 1 SCR 45 (Canada).

1509 YOUNG Ernest, « Foreign Law and the denominator problem », 119 *Harvard Law Review* 148, 154 (2005).

1510 WU Tim, « Foreign exchange: should the Supreme Court care what other countries think? », *Slate*, 9 avril 2004, consulté sur: *slate.com*.

cadre d'un dialogue judiciaire transnational[1511]. Dans quelques cas, le traité confirme le raisonnement du juge national, servant même parfois comme appui pour un « *motif fragile* »[1512]. Pour la Cour suprême des États-Unis, la référence aux traités ratifiés « *même si elle ne détermine pas la solution, offre une confirmation respectée et significative* » de ses propres conclusions[1513]. Dans tous les cas, les juridictions répressives matérialisent l'effectivité pénale des conventions en question par cette technique, même si leur effectivité reste limitée dans le cas de figure.

**671. Utilisation rarissime par la jurisprudence pénale française.** À notre connaissance, le juge pénal français semble avoir rarement recours à cette technique d'application des conventions internationales. Parmi les rares occurrences, un arrêt de la Chambre criminelle confirme une mesure de saisie prise dans le cadre d'une commission rogatoire internationale délivrée par les autorités judiciaires du Guatemala. L'acte procédural, exécuté en application de l'article 694-3 CPP, est confirmé au motif de suivre « *un objectif d'intérêt général, résidant dans l'exécution par l'État français de ses obligations résultant de la Convention des Nations Unies contre la corruption* »[1514]. Par ailleurs, l'unicité des fonctions d'instruction et de jugement, dans la procédure pénale applicable aux mineurs tel que déduite par l'ordonnance du 2 février 1945, est confirmée par référence à l'article 14-4 du Pacte international des droits civils et politiques qui reconnaît « *la spécificité du droit pénal des mineurs* »[1515].

**672.** L'analyse a fourni deux cas déterminés dans lesquels les juridictions pénales comparées emploient cette méthode d'application, soit pour confirmer l'interprétation d'une incrimination nationale (§ 1), soit pour renforcer une norme du droit de la peine (§ 2).

## § 1. UNE INCRIMINATION NATIONALE : L'EXEMPLE ÉGYPTIEN

**673.** La technique de confirmation a été repérée dans la jurisprudence de la Chambre criminelle de la Cour de cassation égyptienne (A), ainsi que dans les décisions de la Haute Cour constitutionnelle portant sur le droit pénal (B). Dans l'ensemble des arrêts exposés, le juge pénal matérialise l'effectivité, même limitée, d'une convention internationale dans l'application d'une infraction de son droit national. Dans tous les cas, le résultat de l'utilisation de cette technique est la confirmation du texte national.

---

1511 WATERS Melissa, *op. cit.*, p. 657.

1512 *Ibid.*, 658. Il est intéressant de noter que cette technique de confirmation d'un motif juridiquement fragile a été utilisée par le juge pénal égyptien par l'intermédiaire d'autres sources de droit. Ainsi, les interprétations judiciaires d' « outrage aux bonnes mœurs » et de « mépris de la religion » ont été parfois confirmées par des références au droit musulman.

1513 *Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551 (2005).

1514 Cass. Crim., 11 juin 2008, *B.* n° 145 ; V. FORTAS Anne-Catherine, *op. cit.*, p. 26-27.

1515 Cass. Crim., 7 avril 1993, *B.*, n° 152, p. 381.

### A. La jurisprudence de la Chambre criminelle

**674. L'exemple de la falsification de billets étrangers.** Dans deux arrêts de la chambre criminelle de la Cour de cassation égyptienne, la personne poursuivie était accusée d'avoir falsifié un billet de cent dollars américains. Pour se défendre, les deux accusés avancent le même moyen selon lequel le dollar n'avait pas de cours légal sur le territoire égyptien.

Alors que l'article 202 du Code pénal égyptien, incriminant la contrefaçon ou la falsification des pièces de monnaie ou des billets de banque ayant cours légal « *en Égypte ou à l'étranger* », aurait suffi pour donner la solution juridique, la Chambre criminelle ne s'y arrête pas. Elle cite la Convention internationale pour la répression du faux monnayage, conclue à Genève le 20 avril 1929 et ratifiée par l'Égypte, qui « *ne distingue pas entre monnaie nationale et monnaie étrangère dans le cadre de la répression* »[1516]. Ainsi, la Chambre précise qu'il suffit que la monnaie ait cours légal à l'intérieur de l'État dans lequel elle a été émise.

**675.** Ces arrêts démontrent comment le juge pénal trouve des techniques pour matérialiser l'effectivité des dispositions internationales. L'incrimination internationale de la Convention de Genève n'est pas accompagnée de sanction. Elle est incomplète au regard de la condition de complétude posée pour l'effectivité des normes internationales créatrices d'infraction. Cela étant, l'effectivité limitée de cette norme internationale s'est matérialisée par la technique de confirmation par lequel le juge pénal offre un soutien à son interprétation de l'infraction nationale. Même si la disposition conventionnelle n'a pas d'influence profonde sur la solution juridique, elle constitue pour l'interprétation de la loi répressive interne une sorte de « *cerise internationale sur le gâteau* ».

### B. La jurisprudence pénale de la Haute Cour constitutionnelle

**676. Délit de refus d'embaucher une personne handicapée.** Par la même technique, la Haute Cour constitutionnelle égyptienne a investi les conventions internationales pour défendre la constitutionnalité de plusieurs incriminations nationales. À titre d'exemple, la validité du délit de refus d'embaucher une personne handicapée était mise en question devant la juridiction suprême. L'obligation concerne des établissements publics et sa violation est punie d'emprisonnement et d'amende dans la loi n° 39-1975 relative à la réhabilitation des personnes handicapées. Le requérant avançait que cette incrimination violait les principes constitutionnels d'égalité et de liberté contractuelle. Même si la Cour répond à ce grief par le biais de l'article 7 de la Constitution sur la solidarité sociale, elle cite également l'article 5 de la

1516 Cass. Crim. (Egy), 12 juillet 1993, Req. n° 7698, année judiciaire 62 et Cass. Crim. (Egy), 10 mai 1999, Req. n° 11286, année judiciaire 67, consultés sur : *cc.gov.eg*. La Cour fait sans doute référence à l'article 5 qui stipule qu' « il ne doit pas être établi, au point de vue des sanctions, de distinction entre les faits prévus à l'art. 3, suivant qu'il s'agit d'une monnaie nationale ou d'une monnaie étrangère, cette disposition ne peut être soumise à aucune condition de réciprocité légale ou conventionnelle ».

Convention n° 111 de l'Organisation internationale du travail concernant la discrimination en matière d'emploi et de profession du 25 juin 1958[1517]. Selon ce texte :

> « Tout membre peut […] définir comme non discriminatoires toutes autres mesures spéciales destinées à tenir compte des besoins particuliers de personnes à l'égard desquelles une protection ou une assistance spéciale est, d'une façon générale, reconnue nécessaire pour des raisons telles que […] l'invalidité. »

Ainsi, la Cour appuie son raisonnement de la validité de l'incrimination nationale par référence à une convention internationale.

**677. Peines appliquées aux mineurs.** De même, était contestée devant la juridiction suprême la conformité, au principe constitutionnel d'égalité, de l'article 112 de l'ancien droit de l'enfant selon lequel la peine du mineur, âgé de 16 à 18 ans, est remplacée par des peines plus légères, différentes de celles prononcées au cas du mineur de moins de 16 ans. La Cour refuse ce raisonnement du moment que « *ces règles s'inspirent du contenu des accords internationaux relatifs aux enfants et notamment […] la convention relative aux droits de l'enfant* »[1518]. Par la même méthode, « *le principe de légalité des délits et des peines, qui trouve écho dans plusieurs accords internationaux, dont […] l'article 15 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques* », est avancé par la Cour pour affirmer la validité d'une disposition pénale de la loi n° 49-1977 concernant la location et la vente d'immobiliers et l'organisation de la relation entre propriétaire et locataire[1519].

**678. Infraction liée à la vie marine.** Dans la même ligne, la loi n° 102-1983 relative aux réserves naturelles a incriminé le fait de « nuire à la vie marine » (article 2). L'article 7 prévoit les peines d'amende et d'emprisonnement pour la violation de ces prescriptions. Pour délimiter l'infraction territorialement, la loi donne au premier ministre la compétence de déterminer les frontières des réserves naturelles. En vertu de ce dernier texte, une réserve naturelle a été créée dans la Mer rouge « suivant les lignes déterminées dans la carte annexée ». Or, cette carte n'a pas été publiée dans le journal officiel. En traversant le golfe de Suez, un navire étranger a causé un rejet d'hydrocarbures, incitant le parquet égyptien à le poursuivre pour nuisance à la vie marine. La défense conteste la constitutionnalité du dispositif pénal sur le fondement du principe de légalité, consacré à l'article 66 de la constitution. Le moyen est accepté par la Haute Cour qui constate que la publication de la carte est nécessaire pour la bonne précision de l'élément matériel de l'infraction. Leur raisonnement pouvait s'arrêter à ce point, mais les juges constitutionnels emploient la technique de confirmation par référence à une convention internationale. La Haute Cour s'appuie sur la Convention de Montego Bay sur le droit de la mer de 1982. Ce texte international confère plusieurs droits de passage pour les navires étrangers dans la mer territoriale[1520]. Ainsi, « *les restrictions liées à la protection des réserves naturelles*

---

1517 HCC (Egy), 5 août 1995, Req. n° 8, année judiciaire 16, consulté sur : *sccourt.gov.eg*.

1518 HCC (Egy), 13 mai 2007, Req. n° 152, année judiciaire 27, consulté sur : *sccourt.gov.eg*.

1519 HCC (Egy), 22 mars 1997, Req. n° 85, année judiciaire 17 ; HCC (Egy), 22 février 1997, Req. n° 48, année judiciaire 17 ; consultés sur : *sccourt.gov.eg*.

1520 La Haute Cour cite le droit de passage innocent, le droit de passage en transit et la liberté de navigation.

*peuvent porter atteinte à ces différentes formes de passage conférées par ladite convention* »[1521], ce qui nécessite une délimitation précise des frontières de ces espaces naturels protégés.

## § 2. UNE NORME DU DROIT DE LA PEINE : L'EXEMPLE AMÉRICAIN

**679. Confirmation d'une incrimination : rare exemple.** À titre liminaire, il est opportun de noter que la justice pénale américaine, à notre connaissance, n'offre qu'un seul exemple dans lequel une convention internationale a été utilisée pour confirmer une incrimination interne, tel le modèle égyptien.

L'arrêt provient des juridictions d'Hawaï. La Cour suprême de l'État fédéré a commis une erreur en considérant que la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes a été ratifiée par le pouvoir fédéral. Cela étant, ce qui est intéressant c'est la technique d'application que cette erreur a induite. Dans les faits, une femme avait été condamnée pour infraction de prostitution après avoir été arrêtée en flagrant délit dans une chambre d'hôtel par un policier se présentant comme client. Devant la Cour suprême d'Hawaï, l'accusée conteste la constitutionnalité de cette infraction, arguant de la non-conformité de la prohibition de la prostitution avec son droit à la vie privée. Pour refuser sa requête, la juridiction locale cite l'article 6 de ladite convention, rappelant ainsi que les États-Unis ont accepté de prendre « *toutes les mesures appropriées, y compris des dispositions législatives, pour réprimer, sous toutes leurs formes, le trafic des femmes et l'exploitation de la prostitution des femmes* »[1522]. En conclusion, la Cour a retenu la validité de l'article HRS § 712—1200(1)[1523] à l'appui d'un traité international, entre autres motifs.

**680.** Cette méthode de confirmation est beaucoup plus employée quand le juge américain applique une norme interne du droit de la peine. Dans ce cas d'espèce, un texte national, généralement constitutionnel, est interprété de manière à écarter l'application d'une peine ou l'utilisation d'un acte de procédure. Cette interprétation est confirmée par référence à une disposition conventionnelle.

Le juge pénal américain offre l'illustration la plus représentative de cette question dans plusieurs litiges portant sur la peine de mort (A). Mais la convention internationale peut également être investie pour confirmer une garantie procédurale qui s'impose aux autorités compétentes (B).

---

1521 HCC (Egy), 1er octobre 1994, Req. n° 20, année judiciaire 15, consulté sur : *sccourt.gov.eg*.

1522 *State v. Romano*, 155 P.3d 1102 (Haw. 2007).

1523 « [a] person commits the offense of prostitution if the person engages in, or agrees or offers to engage in, sexual conduct with another person for a fee ».

### A. LA PEINE DE MORT À LA LUMIÈRE DU « *CRUEL AND UNUSUAL PUNISHMENT* »

**681.** Au fil de son histoire, le système pénal américain a condamné 365 personnes à la peine de mort pour des crimes commis avant la majorité[1524]. Cette peine héritée de la *Common Law* sera remise en question devant le juge pénal national après la ratification de nombreux instruments internationaux par les États-Unis.

**682.** **Les mineurs de moins de 16 ans.** En 1983, William Thompson, mineur de 15 ans, a tué son beau-frère abusif de concert avec deux autres personnes. Condamné à la peine de mort par les juridictions de l'État d'Alabama pour assassinat (*First degree murder*), il se pourvoit en cassation contre son exécution au regard de sa minorité, sur le fondement de l'interdiction constitutionnelle de prononcer « *des peines cruelles et inhabituelles* ». Les juges précisent que les rédacteurs de cette interdiction catégorique n'ont pas dessiné ses contours, déléguant cette mission « *aux futures générations de juges* »[1525] qui sont guidés par le critère de « *l'évolution des normes morales qui marquent le progrès d'une société en phase de maturité* »[1526]. Après un examen de l'âge déterminé pour exercer plusieurs droits civils et politiques, à savoir le mariage, la conduite et le vote, la Cour relève qu'il existe un consensus national autour de l'idée que la condamnation des mineurs de moins de 16 ans à la peine de mort est inconstitutionnelle.

**683.** Ce qui nous intéresse dans cet arrêt se retrouve dans l'opinion concurrente de la juge O'Connor. Après avoir analysé les éléments sur lesquels l'opinion majoritaire s'est fondée, la juge O'Connor rappelle « *le fait que les États-Unis ont accepté par traité de fixer l'âge de 18 ans comme seuil pour la peine de mort dans certaines circonstances* »[1527]. Elle fait ensuite référence à l'article 68 de la Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre selon lequel « *en aucun cas la peine de mort ne pourra être prononcée contre une personne protégée âgée de moins de dix-huit ans au moment de l'infraction* ». Par l'utilisation de cette convention ratifiée, comme le précise la juge, elle confirme l'argument de droit interne contre l'application de la peine de mort aux mineurs de moins de 16 ans. Il est certain que cette opinion n'a pas valeur de précédent, mais elle amorce un développement intéressant dans la matérialisation de l'effectivité pénale des conventions internationales devant les juridictions américaines dans le contexte de la peine de mort.

**684.** **Les mineurs de 16 et 17 ans.** Ce qui a été timidement noté dans l'opinion individuelle du juge O'Connor sera explicitement investi par la Cour suprême dans *Roper v. Simmons*, arrêt dans lequel le rôle confirmatoire est consacré comme technique d'application des conventions internationales. Comme dans Thompson, cet arrêt concerne la constitutionnalité de la

---

1524 BRADLEY Curtis, « The juvenile death penalty and International Law », 52 *Duke L. J.* 485, 493 (2002).

1525 *Thompson v. Oklahoma*, 487 U.S. 815 (1988).

1526 *Ibid.* Cette expression a surgi, pour la première fois, dans la jurisprudence de la Cour suprême à l'occasion de décider si la déchéance de nationalité était une peine cruelle et inhabituelle pour l'infraction de désertion militaire en temps de guerre ; V. *Trop v. Dulles*, 356 U.S. 86 (1958).

1527 *Ibid.* [O'Connor, concurring].

condamnation à la peine de mort, mais pour un mineur de 17 ans. Il constitue un revirement de la Cour suprême par rapport à sa position antérieure. Avant de présenter l'état actuel de la jurisprudence, il serait intéressant de rappeler rapidement l'ancienne position de la Haute juridiction.

**685. Jurisprudence antérieure.** Un an après *Thompson v. Oklahoma*, l'opinion majoritaire a jugé valide à la Constitution l'application de la peine capitale aux mineurs de 16 et 17 ans dans *Stanford v. Kentucky*, à l'occasion d'une affaire de viol et de meurtre. La Cour a décidé de ne pas généraliser la solution prônée dans Thompson, considérant qu'il n'existe pas de consensus national contre cette peine[1528] dans ce cas précis et que par conséquent, elle n'était pas cruelle et inhabituelle. Réitérant les arguments dissidents de la juge O'Connor sous *Thompson*, le juge Breyer indique dans son opinion dissidente que plusieurs instruments de droits de l'homme « *ratifiés […] par les États-Unis interdisent explicitement la peine de mort pour les mineurs* »[1529], citant également la même disposition de la Convention de Genève évoquée.

**686. Revirement et rôle confirmatoire des traités : Roper v. Simmons.** En 1993, Christopher Simmons (17 ans) et son complice Charles Benjamin (15 ans) ont enlevé une femme de son domicile, ils ont attaché ses mains derrière son dos et l'ont conduite dans un parc public avant de la jeter du haut d'un pont dans l'eau. Son corps a été retrouvé le lendemain par la Police. Simmons a été condamné à la peine de mort alors que Benjamin, en vertu du précédent Thompson, a vu sa sanction mutée en réclusion à perpétuité. Simmons a entamé alors des recours devant les juridictions de l'État du Missouri, aboutissant à une réponse positive de la part de la Cour suprême locale qui a décidé que l'application de la peine capitale pour un mineur était contraire à la Constitution. C'est à ce moment que le directeur du centre correctionnel de Potosi, l'établissement pénitentiaire dans lequel l'exécution devait prendre place, a saisi la Cour suprême fédérale pour se pourvoir contre la décision de la juridiction de l'État fédéré.

**687.** Pour déterminer si l'exécution des mineurs de 17 ans est contraire à l'interdiction constitutionnelle d'établir des peines cruelles et inhabituelles, les juges examinent les législations des États fédérés pour examiner encore une fois « *l'évolution des normes morales* ». Après avoir relevé qu'il existe un « *consensus national* »[1530] contre cette peine, argument renforcé par des études scientifiques et sociologiques, la Cour se tourne vers le droit international. Pour justifier ce détour, la Cour indique que « *reconnaître l'affirmation explicite de certains droits fondamentaux par d'autres nations et peuples souligne simplement la centralité de ces mêmes droits dans notre propre héritage de liberté* »[1531]. Par la suite, la Cour fait référence à l'article 6-5 du Pacte

---

1528 *Stanford v. Kentucky*, 492 U.S. 361 (1989).

1529 *Stanford v. Kentucky*, *op. cit.*, [Breyer, dissenting].

1530 Ernest Young prétend que la preuve du consensus est « faible » alors que 20 États retiennent toujours cette peine pour les mineurs, du moins théoriquement. V. YOUNG Ernest, « Foreign Law and the denominator problem », 119 *Harvard Law Review* 148 (2005).

1531 *Roper v. Simmons*, 543 US 551 (2005).

international des droits civils et politiques consacrant l'interdiction de la « *sentence de mort* » pour les personnes âgées de moins de 18 ans. La portée de cette référence a été bien délimitée :« *bien que dénié de valeur contraignante pour régir le résultat* »[1532] dans le contexte d'une interprétation constitutionnelle, l'instrument international « *fournit une confirmation respectée et significative de nos propres conclusions* »[1533].

**688. Développements ultérieurs.** Si la référence au droit international pour confirmer une interdiction de punir a été largement critiquée[1534], l'effet de son rôle confirmatoire n'a pas été amorti. Ainsi, la Cour d'appels pénaux d'Alabama a considéré que la peine étatique de mort « *viole plusieurs traités et pactes internationaux* »[1535]. Par ailleurs, un nouveau précédent de la Cour suprême a réitéré la logique de Roper. Concernant la condamnation des mineurs à la réclusion criminelle à perpétuité sans possibilité de libération conditionnelle[1536], la Cour indique « *qu'il existe du soutien pour notre conclusion* »[1537], qu'en continuant à appliquer cette peine, « *les États-Unis adhèrent à une pratique de sanction rejetée universellement. […] Le jugement […] de la communauté internationale n'est pas contraignant* »[1538] dans l'interprétation du huitième amendement de la Constitution, mais il n'est pas « *impertinent* »[1539].

### B. LE TRAITEMENT PÉNITENTIAIRE À L'AUNE DU « *UNNECESSARY RIGOR* »

**689.** Aux États-Unis, le traitement des prisonniers est une question qui touche généralement aux droits constitutionnels. Les juridictions étatiques[1540] ont exploité les conventions

---

1532 *Ibid.*

1533 *Ibid.*

1534 Parmi les voix les plus importantes, V. l'opinions dissidente sous *Roper* du juge Scalia pour qui la référence au droit international « n'a pas de place dans l'opinion juridique de cette Cour », *Roper v. Simmons*, 543 US 551 (2005) [Scalia, dissenting]. Pour la doctrine, V. YOUNG Ernest, « Foreign Law and the denominator problem », 119 *Harvard Law Review* 148 (2005). Pour d'autres auteurs, la pratique de référence aux sources étrangères pour interpréter la Constitution américaine existe dans la pratique de la Cour suprême à travers 200 ans de jurisprudence, V. CALABRESI Steven & ZIMDHAL Stephanie, « The Supreme Court and foreign sources of Law : two hundred years of practice and the juvenile death penalty », 47 *Wm. & Mary L. Rev.* 743 (2005).

1535 *Duncan v. State*, 925 So.2d 245 (Ala. Crim. App. 2005).

1536 Connu en droit américain comme *life imprisonnement without possibility of parol.*

1537 *Graham v. Florida*, 560 U.S. 48 (2010).

1538 *Ibid.*

1539 *Ibid.*

1540 Un seul arrêt fédéral, infirmé en appel, a confirmé des obligations en matière de traitement pénitentiaire par l'intermédiaire des conventions internationales. Plusieurs détenus d'un établissement pénitentiaire mettaient en question les conditions de leur détention en raison d'une surpopulation carcérale sur le fondement du fameux huitième amendement constitutionnel. Par une méthode désormais familière, la Cour a confirmé les obligations du texte constitutionnel par référence à l'article 7 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Elle a également renforcé son analyse des standards de détention en prison par référence aux règles minima des Nations Unies pour le traitement des détenus, connues comme les Règles Mandela. V. *Lareau v. Manson*, 507 F.Supp. 1177 (D.Conn. 1980).

internationales pour confirmer une interprétation du droit interne qui impose aux établissements pénitentiaires certaines obligations en la matière[1541].

**690. La fouille par des gardes du sexe opposé.** Le premier exemple provient de l'État d'Oregon. Dans *Sterling v. Cupp*, les prisonniers de sexe masculin du Pénitencier de l'État ont contesté la légalité de la fouille intégrale et par palpation pratiquée par les gardes de sexe féminin. Devant la Cour suprême locale, la question posée était de savoir si cette pratique était contraire à la section 13 de l'article I de la Constitution locale qui interdit de traiter la personne détenue en prison « *avec une rigueur qui ne serait pas nécessaire* ». L'article I de la Constitution d'Oregon est intitulé *Bill of rights* (Déclaration des droits) et il énumère plusieurs principes de droit pénal et de procédure pénale largement inspirés par la Constitution fédérale. Cela étant, la formule « *unnecessary rigor* » que consacre la section 13 de cet article n'a pas d'équivalent dans le document fédéral.

**691.** L'établissement pénitentiaire avançait qu'il n'existe aucun intérêt constitutionnel pour répondre positivement à la requête des prisonniers, soutenant également qu'une répartition des charges fonctionnelles selon le sexe serait contraire à l'égalité de l'accès à l'emploi[1542]. Après une analyse exhaustive de la disposition constitutionnelle invoquée, la Cour a lié cette obligation à un droit au respect de la dignité du prisonnier. L'interprétation des juges a été confirmée par référence à l'article 10 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques selon lequel « *toute personne privée de sa liberté est traitée avec humanité et avec le respect de la dignité inhérente à la personne humaine* ». Dans la même note, les juges ont également cité les règles minima des Nations Unies pour le traitement des détenus, connues comme les Règles Mandela, notamment la règle 5 qui précise que le régime carcéral doit veiller au respect de la dignité de la personne détenue. Résultat, en dehors du cas de nécessité, la fouille exercée par une gardienne de prison sur un prisonnier masculin n'est pas conforme à la Constitution de l'État d'Oregon.

**692. L'accompagnement médical des prisonniers[1543].** Quinze ans plus tard, ce précédent a inspiré la Cour suprême de l'Utah dans son interprétation de la propre Constitution de l'État où figure une expression équivalente qui interdit de traiter les prisonniers « *avec une rigueur qui ne serait pas nécessaire* ». La juridiction locale rappelle que son homologue d'Oregon a été la première à lier cette obligation constitutionnelle aux « *standards de traitement humain internationalement acceptés* »[1544]. Par référence aux mêmes instruments internationaux, la Cour a

---

1541 Pour un aperçu général de l'intérêt international en la question, V. EL TARI Khoder, *Les sources internationales du droit pénitentiaire*, Thèse, Université de Poitiers, 2004, 437 p.

1542 *Sterling v. Cupp*, 625 P.2d 123 (Or. 1981).

1543 Pour la réglementation de la question de « santé en détention » par le droit international, V. EL TARI Khoder, *op. cit.*, p. 290 et s.

1544 *Bott v. DeLand*, 922 P.2d 732 (Ut. 1996).

conclu qu'un établissement pénitentiaire était tenu de fournir aux prisonniers un accompagnement médical adapté dans un délai raisonnable compte tenu de leur condition[1545].

[1545] Le prisonnier en question avait perdu sa vision en raison d'une négligence de la part du médecin rattaché à l'établissement.

## SECTION II.
## CONFORMER L'INTERPRÉTATION D'UNE NORME PÉNALE INTERNE PAR RAPPORT À UNE CONVENTION INTERNATIONALE

**693. Délimitation.** L'interprétation conforme a été précédemment évoquée dans le cadre du contrôle par le juge pénal de la validité substantielle des conventions internationales[1546]. Pour résoudre un conflit réel entre deux normes hiérarchiquement superposées, le juge choisit une interprétation de la règle inférieure qui ne contredit pas la règle supérieure.

Dans l'hypothèse actuelle, la problématique est différente. Le texte applicable devant le juge pénal est une loi nationale qui est en conflit avec une norme internationale. « *L'interprétation conforme consiste à choisir parmi les différents sens possibles celui qui concorde avec le sens d'une autre disposition, prise comme norme de référence* »[1547].

**694. Origines variées : Obligation constitutionnelle.** Il est possible que les constitutions nationales consacrent une obligation explicite selon laquelle le juge pénal est tenu d'employer cette technique d'application indirecte[1548]. Ainsi, l'article 233 de la Constitution d'Afrique du Sud de 1996 prévoit que chaque juridiction, lorsqu'elle interprète une loi nationale, doit préférer toute interprétation raisonnable de cette loi conforme au droit international à toute interprétation contraire au droit international[1549]. De même, l'article 10-2 de la Constitution espagnole dispose que « *les normes relatives aux droits fondamentaux et aux libertés que reconnaît la Constitution seront interprétées conformément à la Déclaration universelle des droits de l'homme et aux traités et accords internationaux, portant sur les mêmes matières, ratifiés par l'Espagne* »[1550].

**695. Présomption judiciaire.** En cas de silence des constitutions, comme dans le cas des États étudiés, le juge pénal se fonde sur une présomption selon laquelle le législateur a la volonté de respecter les obligations conventionnelles[1551]. « *La Cour n'utilise pas les dispositions conventionnelles*

---

1546 V. *supra* n° 246 et s.

1547 SCIOTTI-LAM Claudia, *L'applicabilité des traités internationaux relatifs aux droits de l'homme en droit interne*, Bruylant, Bruxelles, 2004, p. 507.

1548 Parfois c'est la loi qui impose cette obligation au juge national. Ainsi, le *Human Rights Act* de 1998 précise dans son article 3 que les lois anglaises doivent être interprétées de manière compatible avec les droits conventionnels.

1549 « When interpreting any legislation, every court must prefer anyreasonable interpretation of the legislation that is consistent withinternational law over any alternative interpretation that is inconsistentwith international law».

1550 Selon la traduction adoptée par le site du bulletin officiel de l'État espagnol, consulté sur : *boe.es*.

1551 Dans une décision du 26 mars 1987, la Cour constitutionnelle fédérale de *Karlsruhe* a fait valoir que « les lois doivent être interprétées et appliquées en conformité avec les obligations internationales, même si elles ont été édictées postérieurement à un traité en vigueur », cité dans KAMARA Mactar, *op. cit.*, p. 111. De la même manière, la Cour suprême du Canada a interprété la section 43 du Code pénal qui justifie l'usage de force par les parents et les instituteurs avec les enfants « si la force ne dépasse pas ce qui est raisonnable dans les circonstances

… / …

*pour les substituer au droit interne incompatible ou exclure l'application de celui-ci* »[1552]. On serait ainsi dans des hypothèses d'application directe étudiées plus loin. Il s'agit plutôt d'un travail d'harmonisation entre deux sources de droit pénal[1553].

**696.** Le dialogue judiciaire transnational a largement contribué à la généralisation de cette technique d'application indirecte. Selon les principes adoptés par les juges des Cours suprêmes à Bangalore en 1988, le juge national s'efforce d'effectuer un « *rapprochement* » entre les différentes sources nationales et internationales, surtout en matière de protection des droits de l'homme[1554]. Dix ans plus tard, le « *devoir vital* » du juge national devient d'interpréter la loi interne « *en harmonie* » avec les conventions internationales[1555]. De même, certaines instances ont consacré ce principe dans leurs directives sur l'application des conventions internationales. Ainsi, le Conseil économique et social des Nations Unies, dans son observation générale n° 9, rappelle qu'« *il est généralement reconnu que le droit interne doit être interprété autant que faire se peut d'une manière conforme aux obligations juridiques internationales de l'État* »[1556]. Le juge pénal, faisant le choix entre une interprétation de la loi pénale qui respecte les engagements conventionnels et une interprétation qui en est contraire, doit ainsi privilégier la première.

**697.** Selon certaines opinions, conformer la loi pénale aux obligations conventionnelles est « *une simple règle d'interprétation qui n'implique aucune importation du droit international en droit interne* »[1557]. À notre sens, il s'agit d'une technique d'application proprement dite de la convention, même si cette application est indirecte. L'effectivité pénale de la convention est matérialisée dans l'interprétation de la norme pénale nationale.

**698.** Pour l'utilisation de cette technique, deux cas différents se présentent devant le juge pénal selon l'autorité juridique réservée à la convention internationale dans le système juridique interne. En droit américain, les lois fédérales et les traités sont placés dans le même rang juridique, ce qui impose généralement au juge pénal le respect de la dernière volonté législative. Cela dit, le juge américain garde à l'esprit une présomption de conformité aux obligations conventionnelles des États-Unis (§ 1). Cette technique sera reprise à la lettre par la jurisprudence française et elle a été prônée comme règle d'or pour résoudre le conflit des deux

---

d'espèce ». Pour la Cour, le caractère raisonnable de ce fait justificatif est délimité par la Convention sur les droits de l'enfant : « from these international obligations, it follows that what is 'reasonable under the circumstances' will seek to avoid harm to the child and will never include cruel, inhumane or degrading treatment » ; *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law v. Canada (Attorney General)* [2004] 1 SCR 76, cité dans SLOSS David (ed.), *The role of domestic courts in treaty enforcement: a comparative study*, *op. cit.*, p. 203.

1552 FORTAS Anne-Catherine, *op. cit.*, p. 28.

1553 CROOTOF Rebecca, « Judicious influence: Non-self-executing treaties and the Charming Betsy Canon », 120 *Yale L.J.* 1784, 1813 (2011).

1554 WATERS Melissa, *op. cit.*, p. 644.

1555 *Ibid.*, p. 646.

1556 Nations Unies, Comité des droits économiques, sociaux et culturels, « Projet d'observation générale n° 9 : Application du Pacte au niveau national », 4 décembre 1998, E/C.12/1998/24, disponible sur : ohchr.org.

1557 House of Lords, Court of Appeal, *R v. Home office ex parte Brind*, [1991] 1 A.C. 696, p. 748.

sources de droit pénal avant que la Constitution de 1958 consacre « *l'autorité supérieure* » des traités et que le juge s'approprie le contrôle de conventionnalité. Pourtant, l'interprétation conforme reste toujours une forme de matérialisation des conventions internationales dans la jurisprudence répressive française (§ 2). L'interprétation conforme connaît cependant une limite importante : « *en vertu […] du principe de légalité des délits et des peines, le juge national ne peut être tenu de procéder à une application […] conforme […], si cette interprétation a pour effet d'introduire ou d'aggraver les sanctions* »[1558].

## § 1. DANS L'HYPOTHÈSE DU MÊME RANG JURIDIQUE : LE *CHARMING BETSY CANON* EN DROIT AMÉRICAIN

**699.** En vertu de l'article VI de la Constitution américaine, les lois fédérales et les traités sont considérés comme « *la loi suprême du pays* ». Ces sources de droit pénal, « *en pleine parité* »[1559], ne sont pas départagées en cas de conflit entre leurs normes respectives. C'est ainsi que leur conflit irréconciliable est résolu à la lumière de la règle *lex posterior derogat priori*. Un traité « *peut écarter une loi fédérale antérieure et une loi fédérale peut écarter un traité antérieur* »[1560]. La première hypothèse sera étudiée dans le cadre des techniques d'application directe puisque le juge pénal, en écartant la norme interne contraire au traité, tire la solution juridique exclusivement de ce dernier. En droit américain, l'interprétation conforme est cantonnée dans l'hypothèse de tension entre convention antérieure et loi fédérale postérieure. Avant d'examiner la pratique du juge pénal dans ce domaine (B), il est important de comprendre la logique de cette technique d'application indirecte des conventions internationales (A).

### A. LA LOGIQUE DU *CHARMING BETSY CANON*

**700. Définition.** Le *Charming Betsy Canon* est une technique d'application indirecte qui est fondée sur une présomption simple selon laquelle le juge pénal, en appliquant une disposition interne plus récente, choisit l'interprétation qui s'accorde avec les obligations internationales des États-Unis.

**701. Création jurisprudentielle.** Il y a deux siècles, un arrêt de la Cour suprême a donné son nom à cette technique en droit américain. Dans *Murray v. Schooner Charming Betsy*, le *Chief Justice* Marshall a confirmé qu'une loi du Congrès ne doit jamais être interprétée de manière à violer le droit des gens si possible[1561]. Au moment de la genèse de la Nation, la guerre était la forme commune de résolution des conflits internationaux. La possibilité que les violations des

---

1558 SIMON Denys, *Le système juridique communautaire*, PUF, col. Droit fondamental, 3e éd., 2003, p. 440.

1559 *Reid v. Covert*, *op. cit.*, citant *Whitney v. Robertson*, 124 U.S. 190 (1880): « By the Constitution a treaty is placed on the same footing, and made of like obligation, with an act of legislation ».

1560 *The Cherokee Tobacco*, 78 U.S. 616 (1870), cité par SASTRE Michel, *op. cit.*, p. 153.

1561 *Murray v. Schooner Charming Betsy*, 6 U.S. (2 Cranch) 64 (1804).

obligations conventionnelles entraînent les États-Unis, de structure fragile à l'époque, dans des guerres avec les pouvoirs européens plus forts était une préoccupation pour les rédacteurs de la Constitution[1562]. C'est ainsi que la Cour suprême a intériorisé cette préoccupation en créant la présomption d'interprétation conforme. Les lois fédérales sont donc interprétées « *à la lumière de l'objectif du gouvernement d'agir dans la limite des principes du droit international, le respect desquels étant essentiel pour la paix et l'harmonie des nations* »[1563]. Plus récemment, cette technique d'application a été justifiée au motif de permettre aux États-Unis « *de profiter des bénéfices des accords internationaux et de conserver son rôle de partenaire de confiance dans les relations multilatérales* »[1564].

**702.** Le *Charming Betsy Canon* a été codifié dans le *Restatement (Third)*. Selon § 114, une loi fédérale est interprétée de manière conforme aux obligations internationales « *dans la mesure du possible* ». Cette dernière précision concerne l'hypothèse du conflit irréconciliable qui est résolu à la lumière de la règle *lex posterior derogat priori*[1565]. Le principe de la séparation des pouvoirs impose au juge pénal américain de faire primer la dernière volonté législative. Cependant, la volonté du Congrès d'empiéter sur les obligations conventionnelles doit être manifestée dans la loi postérieure de manière claire et sans équivoque[1566]. Cette exigence de la *clear statement rule* a été justifiée par deux motifs : d'un côté, la nature même de certaines relations interétatiques qui devraient être régies par les traités ; de l'autre, l'obligation *pacta sunt servanda*. Ainsi, pour s'affranchir de ces deux présomptions, il faut que le législateur montre une intention claire dans la loi postérieure[1567].

**703. Critique.** L'utilisation de cette technique dans le cadre singulier du droit pénal a été contestée par certains commentateurs jugeant que l'ensemble de la matière criminelle échappe à l'interprétation conforme[1568]. Une critique a été également émise dans l'affaire du meurtre de

---

1562 Pour plus de détails, V. BRADLEY Curtis, « The charming betsy canon and seperation of powers : rethinking the interpretive role of International Law », 86 *Geo. L.J.* 479 (1998).

1563 *Macleod v. United States*, 229 U.S. 416 (1913).

1564 *Vimar Seguros y Reaseguros, S. A. v. M/V Sky Reefer*, 515 U.S. 528 (1995): « If the United States is to be able to gain the benefits of international accords and have a role as a trusted partner in multilateral endeavors, its courts should be most cautious before interpreting its domestic legislation in such manner as to violate international agreements ».

1565 *United States v. Georgescu*, 723 F. Supp. 912 (E.D.N.Y. 1989): « While the courts must make a fair effort to interpret domestic law in a way consistent with international obligations, in the event of irreconcilable conflict, the courts are bound to apply domestic law if it was passed more recently ». Il s'agit d'une affaire d'agression sexuelle commise sur un aéronef américain.

1566 *United States v. Palestine Liberation Organization*, 695 F. Supp. 1456 (S.D.N.Y. 1988): « This court acknowledges the validity of the government's position that Congress has the power to enact statutes abrogating prior treaties or international obligations entered into by the United States. [...] However, unless this power is clearly and unequivocally exercised, this court is under a duty to interpret statutes in a manner consonant with existing treaty obligations ».

1567 CONFORTI Benedetto, « L'activité du juge interne et les relations internationales », *in Annuaire de l'Institut de Droit International*, Session de Milan 1993 (travaux préparatoires), Pedone, vol. 65, I, p. 351.

1568 STEINHARDT Ralph, « The role of International Law as a canon of domestic statutory construction », 43 *VNLR* 1103 (1990).

l'ambassadeur et d'autres employés de la mission diplomatique américaine à Benghazi en Libye. Quand l'accusé Abu Khatallah réclame une interprétation des infractions fédérales conforme aux Conventions de Vienne sur les relations diplomatiques et consulaires pour limiter leur portée extraterritoriale, le Gouvernement répond que « *les crimes fédéraux sont des créatures exclusives de la loi fédérale* »[1569] qui ne sont pas assujetties à l'interprétation conforme. La juridiction fédérale juge « *incorrecte* » la position du gouvernement et elle accueille le moyen de la défense avant de conclure à l'absence de « *tension* » entre loi et traités. Il semble également que la position du gouvernement n'est pas homogène devant toutes les juridictions répressives puisqu'il a été demandé à une Cour fédérale de Californie d'utiliser cette technique pour interpréter l'infraction de corruption d'agents étrangers conformément à la Convention des Nations Unies contre la corruption[1570].

**704.** Ainsi, en droit américain, une loi répressive qui ne manifeste pas explicitement une intention de contrarier les engagements internationaux doit être interprétée de manière conforme aux traités valides quand des ambiguïtés entourent son application.

### B. La pratique du juge pénal américain

**705.** L'analyse de la jurisprudence américaine démontre une abondance dans l'utilisation de la technique d'interprétation conforme[1571]. Pour ce qui intéresse la matière pénale, elle a été appliquée dans le domaine de l'expulsion d'étrangers pour motif de condamnation pénale (1) ainsi que dans le cadre de la législation de lutte contre le terrorisme (2).

#### 1. La peine d'expulsion dans *Maria v. McElroy*

**706.** Eddy Maria est un résident permanent des États-Unis, de nationalité dominicaine, dont les parents et deux frères détiennent la nationalité américaine. Il a été condamné pour infraction de vol simple pour laquelle il encourait une peine de deux à quatre ans d'emprisonnement. À la date de la commission des faits, la loi d'immigration et de naturalisation en vigueur prévoyait une peine complémentaire d'expulsion pour les étrangers ayant commis un « *crime aggravé* » puni d'au moins cinq ans d'emprisonnement. En l'état, Maria ne pouvait pas faire l'objet d'expulsion. Même à considérer que son crime le rendait « *expulsable* », il pouvait profiter d'exonérations pour le fait qu'il avait résidé sept ans aux États-Unis sans condamnations

---

1569 *United States v. Abu Khatallah*, 151 F.Supp.3d 116 (D.D.C 2015). De manière indirecte, la règle est largement invoquée sans que son invocation soit critiquée par le juge pénal. V. à titre d'exemple, *United States v. Georgescu*, 723 F.Supp 912 (EDNY 1989) et *United States v. Yunis*, 924 F.2d 1086 (D.D.C 1991).

1570 *United States v. Aguilar*, 783 F.Supp.2d 1108 (C.D. California 2011).

1571 V. à titre d'exemple, *Lauritzen v. Larsen*, 345 U.S. 571 (1953); *Benz v. Compania Naviera Hidalgo, S.A.*, 353 U.S. 138 (1957); *Weinberger v. Rossi*, 456 U.S. 25 (1982). Pour une analyse détaillée, V. ALFORD Roger, « Foreign relations as a matter of interpretation: Use and abuse of Charming Betsy », 67 *Ohio St. L.J.* 1339 (2006) et BRADLEY Curtis, « The Charming Betsy canon and separation of powers: the interpretive role of International Law », 86 *Geo. L.J.* 479 (1998).

pénales (article 212-c) ou en apportant la preuve devant un juge que son expulsion pourrait engendrer des souffrances à un membre de sa famille qui serait citoyen américain (article 212-h). Deux lois fédérales, promulguées en 1996[1572], apportent des modifications importantes sur cette question. Le seuil de la peine de l'infraction aggravée, comme motif d'expulsion, est rabaissé à un an d'emprisonnement, même pour les condamnations antérieures à l'entrée en vigueur de la loi. En outre, l'ancienne réglementation qui conférait un droit de recours contre cette peine, pour motif humanitaire, a été abrogée. Sur le fondement de cette nouvelle organisation, Maria fut arrêté par les services compétents après avoir purgé sa peine en attente de son expulsion vers la République dominicaine. Il conteste alors sa détention par la procédure de l'*habeas corpus*. Dans les moyens, il avance qu'une application rétroactive de la loi viole la clause constitutionnelle qui l'interdit, le silence de la loi sur cette question devant être interprété en sa faveur.

**707.** En premier lieu, la Cour du district de New York établit « *le caractère quasi-pénal de l'expulsion* »[1573] pour la faire entrer dans le champ de l'interdiction constitutionnelle des lois pénales rétroactives. Une fois ce caractère établi, elle offre une autre motivation fondée sur la technique d'interprétation conforme comme argument subsidiaire. Il est précisé que la loi fédérale doit être interprétée en accord avec le droit international « *quand c'est possible de le faire sans dénaturer la loi* ». En absence d'une déclaration contraire, il est assumé que le Congrès légifère de manière à ne pas violer les engagements internationaux des États-Unis. Les juges fédéraux délimitent la problématique : une application rétroactive de la loi, qui abroge le profit du droit de recours contre la peine d'expulsion, serait contraire au Pacte international des droits civils et politiques qui, malgré le fait qu'il est dénué de caractère exécutoire, « *est une obligation internationale des États-Unis et il constitue la loi du pays* ». Sont citées ensuite quatre dispositions conventionnelles différentes pour asseoir le raisonnement de la Cour. *A priori*, la famille est l'élément fondamental de la société et a droit à la protection de l'État (art. 23). Ainsi, nul ne fera l'objet d'immixtions arbitraires dans sa famille (art. 17). De plus, l'expulsion qui sépare la personne de sa famille est considérée comme faisant partie « *des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants* » (art. 7). Par conséquent, un étranger qui se trouve légalement sur le territoire d'un État partie « *doit avoir la possibilité de faire valoir les raisons qui militent contre son expulsion et de faire examiner son cas par l'autorité compétente* » (art. 13).

**708.** La loi de modification étant ambiguë sur la question de son application dans le temps, elle est alors interprétée de manière conforme à l'édifice conventionnel construit par la Cour : la

---

1572 Il s'agit de l'*Antiterrorism and effective death penalty Act* et de l'*Illegal immigration reform and immigrant responsibility Act*.

1573 En droit américain, le caractère pénal de la sanction d'expulsion a été confirmé dans plusieurs arrêts fédéraux. V. à titre d'exemple, *Galvan v. Press*, 347 U.S. 522 (1954) dans lequel la Cour suprême affirme que « les conséquences intrinsèques de l'expulsion sont proches d'une peine pour infraction ». V. également *Lok v. INS*, 548 F.2d 37 (2d Cir. 1977) : « l'expulsion est une sanction dont la gravité dépasse les peines criminelles les plus draconiennes ». V. enfin *Maria v. McElroy*, 68 F.Supp.2d 206 (EDNY 1999) dans lequel les juges critiquent la qualification civile de cette sanction, fondée sur « une fiction légale en vertu de laquelle l'expulsion n'est pas une peine ».

nouvelle loi est d'application directe et Maria doit profiter du recours humanitaire contre l'expulsion consacrée par la loi ancienne.

## 2. La législation contre le terrorisme dans *United States v. Palestine Liberation Organization*

**709. L'accord du siège des Nations Unies.** Le 10 décembre 1945, le Congrès américain a unaniment accepté d'inviter l'Organisation des Nations Unies à établir son siège permanent sur le sol américain. Comme pays hôte, les États-Unis ont conclu un accord international de siège, signé le 26 juin 1947, selon lequel les autorités américaines (fédérales et locales) étaient tenues de ne pas restreindre l'accès des représentants des missions et d'autres personnes invitées au quartier du siège (section 11) dont le contrôle est cédé aux Nations Unies (section 7).

**710. Les circonstances de l'adoption de l'Anti Terrorism Act.** Par la résolution 3237 du 22 octobre 1974, l'Assemblée Générale a conféré à l'Organisation de Libération de Palestine (OLP) le statut d'observateur comme seul représentant légitime du peuple palestinien[1574]. Pour remplir ses fonctions, l'OLP installe une mission permanente d'observation à New York. Après de nombreuses attaques terroristes dirigées contre les États-Unis, le Congrès demande au Department of State la fermeture des bureaux de l'OLP sur le territoire américain[1575]. Face au refus de l'exécutif, le Congrès adopte l'Anti Terrorism Act qui entre en vigueur en 1988. Selon cette loi fédérale, l'OLP est considérée comme « *une organisation terroriste et un danger pour les intérêts des États-Unis, pour ses alliés et pour le droit international* »[1576]. Pour limiter ce danger, la loi interdit l'établissement ou le maintien, sur le territoire américain, d'un bureau ou d'autres installations dirigés ou financés par l'OLP[1577] et elle confère au Procureur général fédéral la compétence de prendre les mesures nécessaires à cette fin[1578].

**711. L'interprétation conforme de la loi fédérale.** C'est dans ce contexte qu'une Cour fédérale de New York a été saisie pour déterminer la légalité du maintien du bureau de l'OLP dans le cadre de sa mission d'observateur aux Nations Unies[1579]. En première étape, les juges relèvent un conflit entre l'interdiction postérieure de la loi fédérale contre le terrorisme et les obligations internationales antérieures des États-Unis en vertu de l'accord du siège. À partir du moment où est établie l'autorité juridique égale des traités et des lois en tant que « *loi suprême du*

---

1574 STERN Brigitte, « L'affaire du *Bureau de l'O.L.P.* devant les juridictions interne et internationale », *AFDI*, vol. 34, 1988, p. 165-194.

1575 Pour plus de détails sur cette question, V. ROSENBERG Dominique, « États-Unis contre Nations Unies : l'affaire de la mission d'observation de l'OLP à New York », *RBDI* 1988, n° 2, p. 451-495.

1576 22 U.S.C. § 5201(b).

1577 22 U.S. C. § 5202(3).

1578 22 U.S. C. § 5203.

1579 *United States v. PLO*, 695 F.Supp. 1456 (SDNY 1988).

*pays* », les juges procèdent à pondérer les choix disponibles pour résoudre ce conflit de normes. Tout en admettant la règle du *lex posterior*, la Cour fédérale exige une intention parlementaire inéquivoque de faire primer la loi postérieure sur le traité antérieur[1580]. Comme l'*Anti Terrorism Act* ne nomme pas explicitement le bureau de la mission de l'OLP, la norme interne est interprétée de manière à respecter l'accord de siège conclu avec les Nations Unies[1581]. La loi fédérale contre le terrorisme est considérée « *d'application générale* », le maintien de tout bureau appartenant à l'OLP sur le territoire américain est contraire à la loi sauf ceux dont la genèse provient d'une source conventionnelle.

**712.** Alors que le syllogisme de cette décision a été largement critiqué[1582], la règle de droit retenue est que, dans l'absence d'une intention explicite de la part du Congrès, le rôle du juge pénal serait de concilier les deux sources interne et internationale de droit pénal.

## § 2. DANS L'HYPOTHÈSE DU RANG JURIDIQUE SUPÉRIEUR DES TRAITÉS : LES VESTIGES DE LA « *DOCTRINE MATTER* » EN DROIT FRANÇAIS

**713.** L'application indirecte des conventions internationales, par la technique d'interprétation conforme, est généralement concevable dans des systèmes juridiques qui placent loi et traité sur un pied d'égalité. Le juge pénal, confronté par deux émanations de la même volonté normative, résout la contradiction par l'emploi d'une présomption de conformité. Ainsi, il n'est pas étonnant de découvrir que cette technique a été transplantée en droit français sous l'égide d'une situation constitutionnelle où les traités jouissaient de la « *force de loi* » (A). Toutefois, l'évolution de la situation constitutionnelle vers une hiérarchisation des normes, avec primauté du droit international conventionnel, remet en question la logique de cette technique d'application indirecte (B).

### A. LA CONTEXTUALISATION DU *CHARMING BETSY* EN DROIT FRANÇAIS

> « Telle est la règle généralement admise dans tous les pays civilisés et un arrêt de la Cour suprême des États-Unis, cité par Moore (A digest of International Law, vol. 5, p. 365) s'exprime ainsi : 'Si cela peut être raisonnablement fait, une loi du Congrès doit être interprétée de façon à maintenir l'exécution d'un traité et non à violer ses dispositions. » [1583]

**714.** Ces remarques ont été formulées par Paul Matter, Procureur général près de la Cour de cassation, à l'occasion de l'arrêt Sanchez de la Cour de cassation, quatorze ans avant la

---

1580 *Ibid.*

1581 La section 27 pose une obligation générale selon laquelle « le présent accord sera interprété à la lumière de son but fondamental, qui est de permettre à l'Organisation des Nations Unies de pleinement et efficacement exercer ses fonctions et d'atteindre ses buts au siège de son activité aux États-Unis »

1582 DeBERNARDI Beth, « Congressional intent and conflicting treaty obligations: *United States v. Palestine Liberation Organization* », 23 *Cornell Int'l L. J.* 83 (1990); HORNE Andrew, « *United States v. Palestine Liberation Organization*: continued confusion in congressional intent and the hierarchy of norms», 10 *Mich. J. Int'l L.* 935 (1989).

1583 Cass. Civ., 22 décembre 1931, *Sanchez*, *JDI* 1932, p. 702, concl. Matter.

promulgation de la Constitution de 1946 consacrant l'autorité supérieure des traités sur les lois internes. La culture juridique du Procureur lui a permis d'inculturer le *Charming Betsy Canon* en droit français, puisqu'il affirme qu'« *il existe une présomption que la loi n'a pas voulu empiéter sur le traité et cette présomption ne peut être détruite que par une déclaration formelle de la loi* »[1584]. Par conséquent, « *ce principe de base est exact et il est constant que toute loi nouvelle doit réserver implicitement mais nécessairement l'application des traités internationaux dans la mesure où ceux-ci atteignent ses propres dispositions* »[1585].

**715.** La « *doctrine Matter* » constitue certainement une pierre dans l'édifice du monisme français. Par la suite, l'article 55 de la Constitution de 1958 a conféré aux conventions internationales valides une autorité supérieure à la loi. Cela étant, les enseignements de cette doctrine ont continué à guider les juges dans leur travail jusqu'au moment assertif de l'arrêt Jacques Vabre dans lequel la conciliation cède la place à une hiérarchie claire plaçant les traités, même antérieurs, au-dessus de la loi[1586].

### B. La survie de la doctrine Matter dans la jurisprudence pénale française

**716. La constitution en partie civile dans le Code de procédure pénale.** Dans l'affaire des biens mal acquis, une plainte a été déposée par des associations de lutte contre la corruption pour dénoncer des faits de détournements de fonds et autres infractions par différents chefs d'États africains et leurs proches. Les fonds ont été « *investis* » dans l'appropriation de voitures de luxe et un important patrimoine immobilier dans plusieurs villes françaises. Se posait alors la question de savoir si l'association *Transparence International France* était autorisée à se constituer partie civile pour le préjudice subi des faits de blanchiment en France du produit de la corruption commise à l'étranger. En première instance, la constitution de partie civile est déclarée recevable. À la suite de l'appel du procureur général de Paris, la chambre de l'instruction de la Cour d'appel de Paris a infirmé l'ordonnance de la chambre de l'instruction.

Devant la Cour de cassation, l'association avance le moyen de violation de plusieurs articles du CPP (2, 591 et 593), ainsi que celle du préambule et de l'article 35 de la Convention des Nations Unies contre la corruption du 11 décembre 2003 selon lequel :

> « Chaque État Partie prend les mesures nécessaires, conformément aux principes de son droit interne, pour donner aux entités ou personnes qui ont subi un préjudice du fait d'un acte de corruption le droit d'engager une action en justice à l'encontre des responsables dudit préjudice en vue d'obtenir réparation ».

1584 *Ibid.*

1585 *Ibid.*, p. 701.

1586 Cass., ch. mixte, 24 mai 1975, *Jacques Vabre*, *AJDA* 1975, p. 567, note BOULOUIS.

**717.** La Chambre criminelle casse la décision inférieure et déclare recevable la constitution de partie civile[1587]. Si elle ne fonde pas sa motivation sur le traité, il apparaît qu'elle a interprété l'article 2 du CPP conformément aux obligations conventionnelles de la France en considérant l'association intéressée comme lésée par les infractions de corruption, alors que cette dernière ne bénéficie d'aucune habilitation législative pour agir. Pour Anne-Catherine Fortas :

> « Il semble donc que la Cour de cassation interprète les dispositions du droit interne à la lumière du droit conventionnel. En effet, si la Chambre criminelle ne cite pas les textes internationaux susmentionnés pour fonder son arrêt, […] elle ne les ignore pas pour autant dans ses motivations compte tenu du fait qu'elle accueille les moyens du pourvoi »[1588].

L'auteur élève cette technique d'application indirecte en « *doctrine de la Cour de cassation* »[1589] concernant les traités de lutte contre la corruption. Or, l'introduction de l'article 2-23 dans le Code de procédure pénale, par la loi n° 2013-1117 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière, et la jurisprudence postérieure de la Chambre criminelle[1590], ont eu un effet restrictif en la matière. Pour Madame Parizot, « *on peut en effet se demander si la création de l'article 2-23 du code de procédure pénale n'est pas venue fermer la voie de la constitution de partie civile ouverte sur le fondement de l'article 2* »[1591]. L'arrêt récent de la Chambre criminelle semble dire que l'avantage donné aux associations de lutte contre la corruption, à l'appui d'une interprétation de l'article 2 CPP conforme aux obligations internationales, est devenu un bien mal acquis.

**718. La détermination d'un délai raisonnable.** Claudia Sciotti-Lam avance également un exemple théorique dans lequel le juge pénal peut être amené à donner à la loi nationale une interprétation conforme aux normes internationales. Une norme internationale précise que le délai maximum pour présenter un individu arrêté devant un juge est de vingt-quatre heures. En droit interne, le même acte doit être appliqué dans un délai raisonnable. « *Le juge national peut interpréter le droit interne conformément au droit international en estimant que la durée raisonnable prévue par la norme interne correspond au délai de vingt-quatre heures prévu par la norme internationale* »[1592]. Le contenu de la norme interne est ainsi conformé à la lumière des obligations internationales.

**719. Bilan.** Il nous semble que la « *doctrine Matter* » peut toujours trouver application par le juge pénal français. Lorsque ce dernier interprète la loi pénale conformément à un traité, il veille au respect de la hiérarchie des normes consacrée par l'article 55 de la Constitution. Cependant, il

---

1587 Cass. Crim., 9 novembre 2010, n° 09-88272, *D.* 2010, p. 2707, obs. LAVRIC ; *JCP* 2010, p. 1174, note CUTAJAR ; *RSC* 2011, p. 858, obs. SALVAT.

1588 FORTAS Anne-Catherine, « la Cour de cassation et les conventions internationales relatives à la lutte contre la corruption », *RSC* 2014, p. 41.

1589 *Ibid.*, p. 46.

1590 Cass. Crim., 31 janvier 2018, n° 17-80.659, *D.* 2018, p. 296.

1591 PARIZOT Raphaële, « Fondement à la recevabilité de la constitution de partie civile d'une association de lutte contre la corruption : se limiter à l'article 2-23 ou admettre l'article 2 du code de procédure pénale », *RSC* 2018, n° 1, p. 138.

1592 *Ibid.*

est important de préciser que l'on n'est pas dans le cadre du contrôle de conventionnalité qui aboutit à écarter la loi répressive interne ou à lui substituer la règle internationale. Dans ce dernier cas, on serait dans l'hypothèse d'une application directe de la convention internationale. L'interprétation conforme est une variation du contrôle de conventionnalité bien délimitée dans l'hypothèse d'un texte national applicable dont le sens et la portée sont infléchis par les radiations de la norme internationale. Les mots « *ouverts* » de la loi répressive sont canalisés vers une interprétation conforme aux engagements internationaux.

## SECTION III.
## CLARIFIER LES ÉLÉMENTS CONSTITUTIFS DE L'INFRACTION NATIONALE

**720. Notion.** La clarification des éléments constitutifs de l'infraction nationale constitue le plus haut niveau d'effectivité dans l'application indirecte. Il s'agit d'une interprétation conforme qui a atteint son apogée en raison du contexte de l'application d'une loi pénale nationale portant adaptation d'une obligation internationale de punir.

**721.** Il est opportun de bien délimiter le contexte dans lequel cette technique est employée. Une obligation internationale de punir est rarement accompagnée d'une sanction qui donne au texte international une complétude qui le rend pénalement effectif. C'est ainsi que les États parties aux conventions de lutte contre la criminalité incorporent l'obligation de punir dans leur droit pénal national par un texte législatif. Quand une personne commet le comportement interdit, son action est régie par la loi nationale, c'est-à-dire par le texte complet au regard du principe de légalité. Cela étant, la convention internationale, source de l'obligation de punir, n'est pas privée de toute effectivité pénale. Son « rôle » est spécifiquement mis en évidence lorsque le juge applique la loi qui incorpore ses obligations, surtout en cas d'ambiguïté ou d'imprécision dans le texte national. L'incrimination nationale est le texte applicable, mais son interprétation est « clarifiée » par la norme internationale. Cette dernière est prise en compte pour « *préciser et révéler le sens […] du droit interne d'adaptation* »[1593]. Bien évidemment, il s'agit d'un cas distinct de celui du renvoi explicite (partiel ou total) du texte répressif national à une incrimination internationale ou l'une de ses composantes. Dans ce dernier cas, le juge pénal est tenu d'appliquer directement la norme internationale pour respecter la directive de son législateur.

Dans l'hypothèse présentée, l'influence de la convention est grandissante sur l'interprétation de la loi. Cela est dû au fait que le juge pénal se tourne vers l'intention des Parties à la convention, ainsi que vers les objectifs de cette dernière. Il ne recherche pas simplement l'intention du Législateur national. Le juge pénal américain a explicitement consacré cette technique. Quand le texte applicable est une loi nationale d'adaptation, « *le traité n'a pas de force indépendante dans la résolution du cas, mais il est pertinent dans la mesure où il peut aider à correctement interpréter la loi* »[1594].

---

1593 FORTAS Anne-Catherine, *op. cit.*, p. 38.

1594 *Hopson v. Kreps*, 622 F.2d 1375 (9th Cir. 1980): « The issue in any legal action concerning a statute implementing a treaty is the intended meaning of the terms of the statute. The treaty has no independent significance in resolving such issues, but is relevant insofar as it may aid in the proper construction of the statute».

**722.** L'analyse des décisions judiciaires a démontré que le juge pénal utilise cette technique pour clarifier soit l'élément matériel de l'infraction nationale (§ 1), soit son élément intellectuel (§ 2). Les infractions à la législation de stupéfiants constituent le domaine le plus visible pour cette technique d'application indirecte, mais elle a été également utilisée pour clarifier d'autres incriminations[1595].

## § 1. L'ÉLÉMENT MATÉRIEL DE L'INFRACTION NATIONALE

**723.** L'analyse de la jurisprudence comparée en la matière permet d'observer que la référence à la norme internationale est utilisée pour clarifier soit le comportement réprimé dans le texte répressif interne (A), soit l'objet de l'infraction (B).

### A. LE COMPORTEMENT RÉPRIMÉ

**724.** Dans cette hypothèse, la loi pénale nationale interdit un comportement déterminé en laissant des ambiguïtés rôder autour de son élément matériel. Pour les droits comparés, deux infractions ont profité de la clarification offerte par l'obligation internationale de punir : la corruption d'agents étrangers (1) et les tortures et actes de barbarie (2).

#### 1. La corruption d'agents étrangers

**725.** Le début des années 1990 révélait un bouillonnement d'efforts internationaux destinés à lutter contre la corruption. Avec l'entrecroisement des intérêts économiques dû à la mondialisation, ce phénomène criminel a dépassé les frontières nationales pour affecter toute l'économie internationale. Par conséquent, une myriade d'instruments conventionnels a été conclue pour endiguer ces débordements, à l'image de la Convention OCDE du 17 décembre 1997 sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales et la Convention des Nations Unies du 31 octobre 2003 contre la corruption.

Le législateur national a été amené à adapter les lois répressives pour répondre à l'obligation de réprimer les comportements définis par ces instruments internationaux, l'infraction de corruption d'agents étrangers en droit français (a) et en droit américain (b) représentant un

1595 À ce stade, il serait important de préciser que nous rejoignons Monsieur Lombois dans son analyse de l'arrêt *Glaeser* dans lequel la Chambre criminelle fait référence aux « éléments constitutifs des crimes contre l'humanité définis par l'article 6(c) de la charte du tribunal international du 8 août 1945 » (Cass. Crim., 6 février 1975, *B.* n° 42). À notre sens, le juge pénal ne recourt pas dans le cas d'espèce à la technique de clarification pour préciser l'un des éléments constitutifs des crimes contre l'humanité. Comme le précise la chambre criminelle, il s'agit de « crimes de droit commun commis dans certaines circonstances et pour certains motifs précisés dans le texte qui les définit ». Ainsi, pour Monsieur Lombois, « le crime n'est pas une catégorie scientifique, mais une catégorie normative, conférant à ce qui en ressortit un régime particulier en matière de prescription » ; LOMBOIS Claude, « Chronique internationale, Droit pénal international », *op. cit.*, p. 863-864. Ainsi, ledit texte international n'a pas été investi par le juge pénal dans la clarification ni de l'élément matériel ni de l'élément moral de cette catégorie de crimes.

exemple intéressant. Le juge pénal peut ainsi prendre en compte la source internationale de l'infraction interne dans son travail interprétatif.

### *a. La condition d'enrichissement personnel en droit français*

**726. Contexte.** Après l'invasion du Koweït en 1990 par les troupes irakiennes, le Conseil de sécurité de l'ONU a mis en place des sanctions économiques contre le régime de Saddam Hussein (résolution 661). L'embargo était à l'origine de multiples souffrances pour le peuple irakien. En réaction, le Conseil de sécurité adopte le programme « *pétrole contre nourriture* » (résolution 986), conçu comme une « *mesure temporaire destinée à couvrir les besoins humanitaires du peuple irakien* ». Ainsi, le programme autorisait le régime à vendre des quantités limitées de pétrole en échange de nourriture, de médicaments et d'autres biens de consommation. Pour contourner ce dispositif, le régime autoritaire a installé un système de surcharges : « *les sociétés étrangères souhaitant bénéficier du programme devaient surévaluer leurs factures de 10%, sommes qualifiées de 'frais de transport' ou 'service après-vente' et, en réalité, reversées par des circuits parallèles dans les caisses du pouvoir irakien* »[1596]. Les sommes détournées sont estimées à plus de 1.8 milliard de dollars avec l'implication d'entreprises provenant de plus d'une soixantaine de pays[1597].

Pour donner suite à la ratification par la France de la Convention de 1997, il a fallu adopter des modifications législatives incorporant les obligations de punir consacrées par ces divers instruments. C'est ainsi que le législateur adopte, à titre d'exemple, la loi n° 2000-595 du 30 juin 2000 « *modifiant le code pénal et le code de procédure pénal relative à la lutte contre la corruption* », parmi d'autres lois venant satisfaire les engagements internationaux de l'État français.

**727.** C'est dans les rouages des scandales de corruption liés au programme du « *pétrole contre nourriture* » et sur le fondement d'une nouvelle incrimination créée par la loi française de 2000 que va se situer le travail du juge pénal dans la clarification du comportement réprimé par référence à une convention internationale. À notre sens, les décisions des juridictions répressives françaises en la matière constituent l'exemple le plus abouti de cette technique d'application indirecte des traités en matière pénale.

**728. Les faits.** De 2000 jusqu'en 2002, la société française Total a acquis du pétrole « *surchargé* » de la part de la SOMO (*State Organization for Marketing of Oil*), l'entreprise ministérielle irakienne compétente pour distribuer l'hydrocarbure. Pour maintenir les relations commerciales, les responsables irakiens ont exigé le versement de commissions occultes sur les comptes de la SOMO. Par un processus de moulinette financière, ces versements arrivent dans les caisses de la Banque Centrale Irakienne.

---

1596 BLAVIGNAT Yohan, « Affaire 'Pétrole contre nourriture II' : quatorze sociétés jugées en appel à Paris », *Le Figaro*, 21 novembre 2018, consulté sur : *lefigaro.fr*.

1597 *Ibid.*

**729.** Devant la justice française, la société Total a été poursuivie pour chef de corruption d'agents publics étrangers en vertu de l'article 435-3 CP, parmi d'autres accusations. L'élément matériel de cette infraction comprend plusieurs composantes caractéristiques[1598]. En premier lieu, le partenaire du corrupteur doit être une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public dans un État étranger. Ensuite, le comportement réprimé est soit le fait de « *proposer* » une offre de pacte de corruption, soit comme dans le cas d'espèce, le fait de « *céder* » à la sollicitation de l'agent étranger. Enfin, l'objet de la proposition ou de l'acceptation doit être « *des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques* ». Il est également intéressant de noter que le texte répressif, dans la version en vigueur à la date des faits, commence par la formule « *pour l'application de la convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales signée à Paris le 17 décembre 1997* » avant même de définir les comportements réprimés et les sanctions.

**730.** Quand la Cour d'appel de Paris est saisie de l'affaire, la loi n° 2007-1598 avait modifié l'article 435-3 en précisant que les avantages proposés ou cédés bénéficient au corrompu lui-même ou « *à autrui* », offrant ainsi un argument de défense sur le fondement du principe de la non-rétroactivité de la loi pénale plus sévère. Les représentants de la société soutiennent que les éléments constitutifs du délit n'étaient pas réunis à la date des faits, insistant sur le fait que le seul bénéficiaire du règlement des surcharges était l'État irakien, les agents de la SOMO auxquels ont été versées les surcharges n'ayant pas profité pour leur enrichissement personnel.

**731. L'emploi de la technique de clarification.** Pour répondre à ce moyen relatif à l'élément matériel de l'infraction, le juge pénal emploie la technique de clarification. Pour décider si le texte français exige « *une condition relative à l'enrichissement* »[1599], la Cour d'appel se tourne vers la Convention OCDE du 21 novembre 1997 « *dont est inspirée l'incrimination française de corruption active d'agent public étranger* ». Au regard de cette relation d'inspiration, la Cour déduit une méthode d'application particulière. Elle affirme que l'ancienne version de l'article 435-3 CP doit être interprétée « *à l'aune* » de la convention OCDE « *au regard duquel elle tient lieu de travaux parlementaires* ». L'analyse du texte international porte ensuite sur deux éléments. En premier lieu, la cour d'appel fait référence à l'article 1§ 1 qui consacre l'obligation de punir. Elle détermine que ce texte est indifférent par rapport à l'enrichissement personnel du corrompu. Cette disposition est ensuite conjuguée à l'objectif de transparence dans les relations commerciales internationales et de conditions de libre concurrence, poursuivi par la convention, pour confirmer que l'avantage pécuniaire indu peut être au profit d'un tiers tel que prévu explicitement dans ladite disposition[1600]. Par cet exercice illustratif, les juges concluent

---

1598 Pour plus de détails, V. JEANDIDIER Wilfrid, *Corruption et trafic d'influence*, Dalloz, coll. Dalloz Corpus, 2018, p. 204 et s.

1599 Cass. Crim., 14 mars 2018, *JCP E* n° 27, 5 juillet 2018, n° 1363, comm. DREYER ; *AJ pénal* 2018, p. 254, note De NAYVES ; *DP* n° 6, juin 2018, n° 110, comm. ROBERT.

1600 « Chaque Partie prend les mesures nécessaires pour que constitue une infraction pénale en vertu de sa loi le fait intentionnel, pour toute personne, d'offrir, de promettre ou d'octroyer un avantage indu pécuniaire ou autre, directement ou par des intermédiaires, à un agent public étranger, à son profit ou au profit d'un tiers, pour que

… / …

que l'enrichissement personnel n'est pas posé comme « *élément condition de l'infraction de corruption* »[1601] pour aboutir à la condamnation des accusés que la Chambre criminelle a confirmée[1602].

### *b. La qualité d'agent étranger en droit américain*

La Convention de 1997 offrira encore une fois des éclairages pour le droit pénal interne. Elle sera investie pour déterminer la qualité d'agent étranger dans la loi répressive nationale.

**732. La loi pertinente.** Promulgué dans la foulée du scandale de Watergate, *The Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA) de 1977 criminalise l'acte de corrompre des agents étrangers en vue d'obtenir ou conserver un marché[1603]. Pour l'application de cette loi fédérale, le terme « *agent étranger* » est défini comme « *tout fonctionnaire ou employé d'un gouvernement étranger ou d'un département, d'une agence ou d'un instrument* » du gouvernement étranger. Ce dernier terme est la traduction d'« *instrumentality* » pour lequel nous n'avons pas pu trouver d'équivalent dans le vocabulaire juridique français. Évidemment, il ne s'agit pas d'une entité classée dans l'organigramme officiel du gouvernement à la figure du département ou de l'agence[1604]. Sans d'autres précisions par la loi ou la jurisprudence à l'époque, le ministère de justice qualifiait d'instrumentality toute entité contrôlée par un gouvernement étranger ou dont il est actionnaire majoritaire, mais précisait qu'il s'agit d'une question de faits[1605]. Après la ratification de la Convention de l'OCDE de 1997, une loi fédérale a été adoptée pour « *se conformer à ses exigences et incorporer* »[1606] les obligations conventionnelles. Au regard du fait de la proximité entre incriminations nationales et internationales, aucun changement majeur n'a été opéré sauf l'ajout de plus de spécificités à la liste d'agents étrangers. Cependant, la conscience

---

cet agent agisse ou s'abstienne d'agir dans l'exécution de fonctions officielles, en vue d'obtenir ou conserver un marché ou un autre avantage indu dans le commerce international ».

1601 Cass. Crim., 14 mars 2018, *op. cit* ; CA Paris, pôle 5, 13e ch. corr., 26 février 2016, *D.* 2016, p. 1240, note LELIEUR.

1602 « Attendu que, pour déclarer le délit de corruption d'agents publics étrangers caractérisé en tous ses éléments, l'arrêt énonce que la SOMO, entreprise d'État rattachée au ministère du pétrole en Irak, est une personne chargée d'une mission de service public au sens de l'article 435-3 du code pénal, lequel ne requiert pas la démonstration d'un quelconque enrichissement personnel du corrompu, et que le produit des surcharges, dont le paiement permettait d'éviter que la source d'approvisionnement en pétrole irakien ne se tarisse, a bénéficié, après avoir emprunté les circuits de règlement clandestins, à l'État irakien, aucune disposition de la Convention de l'OCDE du 17 décembre 1997 n'excluant cette situation ».

1603 Les auditions du Président Nixon devant le Sénat ont révélé l'utilisation de pratiques frauduleuses par des entreprises ayant financé la campagne de réélection du Président sortant ; SPORKIN Stanley, « The worldwide banning of schmiergeld : a look at the foreign corrupt practices Act on its twentieth birthday », 18 *Nw. J. Int'l. L. & Bus.* 269 (1998).

1604 JORDAN Jon, « *U.S. v. Esquenazi* : U.S. Appellate Court defines 'instrumentality' under the foreign corrupt practices Act for the first time », 6 *Wm. & Mary Bus. L. Rev.* 663, 677 (2015).

1605 BOEDECKER Karl, « When does an entity amount to an instrumentality of foreign gouvernment under the Foreign Corrupt Practices Act: emerging judicial guidelines », 21 *J.L. Bus. & Eth.* 1, 5 (2015).

1606 *United States v. Aguilar*, 783 F.Supp.2d 1108 (C.D. Cal 2011).

par le juge pénal américain de la symbiose nouvellement créée entre les deux textes se traduira par une relecture de l'infraction nationale au goût des obligations internationales.

**733. Les faits.** *Terra Telecommunications Corp.* (Terra), société américaine de télécommunications basée en Floride, exerçait une activité d'achat d'unités d'appel téléphonique, auprès d'entreprises étrangères, qu'elle revendait aux consommateurs locaux. L'un de ses principaux partenaires fut la société Télécommunications d'Haïti (Teleco), détentrice d'un monopole dans le domaine de la part du gouvernement haïtien. Entre 2001 et 2005, les responsables de Terra ont payé des pots-de-vin à leurs homologues à Teleco dans le but d'effacer les dettes de la première société qui s'élevait à plus de deux millions de dollars. C'est ainsi que les deux directeurs de Terra ont été poursuivis pour chef de corruption d'agents étrangers au sens du FCPA. Pour se défendre, les accusés ont contesté la qualité d'agents étrangers des responsables de la société haïtienne. Selon les conclusions de leurs avocats, Teleco est une société privée qui n'est pas un département ou une agence du gouvernement haïtien. Par ailleurs, elle ne peut être qualifiée d'instrument pour raison qu'il ne s'agit pas d'une entité par laquelle le gouvernement exerce « *traditionnellement* » ses fonctions de base[1607]. Ainsi, les employés ne sont pas des agents étrangers au sens de la loi pertinente.

**734. L'analyse de la Cour à la lumière de la Convention.** Pour écarter le moyen de la défense, la Cour d'appel du 11ème circuit s'appuie largement sur la Convention de l'OCDE de 1997.

En premier lieu, la Cour rappelle, qu'en ratifiant ladite Convention, les États-Unis se sont engagés à prendre « *les mesures nécessaires pour que constitue une infraction pénale en vertu de sa loi le fait intentionnel, pour toute personne, d'offrir, de promettre ou d'octroyer un avantage indu pécuniaire ou autre, directement ou par des intermédiaires, à un agent public étranger, à son profit ou au profit d'un tiers, pour que cet agent agisse ou s'abstienne d'agir dans l'exécution de fonctions officielles, en vue d'obtenir ou conserver un marché ou un autre avantage indu dans le commerce international* » (art. 1-1). Ensuite, les juges fédéraux précisent qu'aux fins du traité, un « *agent public étranger* » désigne « *toute personne exerçant une fonction publique pour un pays étranger, y compris pour une entreprise ou un organisme publics* » (art. 1-4-a). Pour définir l'entreprise publique, les juges ne quittent pas l'orbite de l'instrument international. Au visa du commentaire n° 14, il est indiqué que l'entreprise publique est celle sur laquelle le gouvernement étranger exerce une influence dominante directe ou indirecte et « *quelle que soit sa forme juridique* ». Par conséquent, les employés d'une entreprise publique sont présumés exercer une fonction publique « *à moins que l'entreprise exerce son activité sur une base commerciale normale dans le marché concerné, c'est-à-dire sur une base fondamentalement équivalente à celle d'une entreprise privée, sans aides préférentielles ou autres privilèges* » (commentaire n° 15).

Après avoir établi la définition d'entreprise publique en vertu de la Convention, la Cour se tourne ensuite vers la loi nationale applicable dans une deuxième étape. Il est rappelé que le Congrès américain a adopté une loi de 1998 destinée à rapporter les modifications nécessaires

1607 « Instrumentality should encompass only entities that perform traditional, core governmental functions »; *United States v. Esquenazi*, 752 F.3d 912 (11th Cir. 2014).

pour répondre aux obligations conventionnelles. La loi d'adaptation avait justement ajouté l'expression « *organisation internationale publique* » à la liste d'agents préalablement établie par la loi originale de 1977. Pour les juges, cette spécificité démontre que le Congrès considère que la qualité d'une entreprise remplissant une fonction publique et sur laquelle le gouvernement étranger exerce une influence dominante était déjà couverte par les définitions préexistantes et notamment celle d'« *instrumentality* ». S'il en était autrement, le Congrès aurait modifié la loi sur mesure. Ainsi, la qualité de l'agent étranger comme élément de l'infraction de corruption a été clarifiée par la convention internationale.

**735.** Il reste à la Cour de constater que la société haïtienne Teleco était effectivement une entreprise publique. Depuis sa création, le gouvernement en place a conféré à la société un monopole sur les télécommunications, monopole épaulé par de nombreuses subventions. Ainsi, elle exerçait « *une fonction publique* » au service des citoyens[1608]. À partir des années 1970, la banque nationale de l'Haïti détenait 97% des actions de Teleco. Le directeur de la société et les membres de son conseil d'administration étaient nommés par le Président haïtien. Il est ainsi évident que le gouvernement y exerçait une « *influence dominante* »[1609]. Il s'agit bien d'un instrument du gouvernement haïtien et ses employés seraient qualifiés d'agents étrangers au sens de la loi. Par conséquent, la condamnation des responsables de la société américaine est confirmée par la Cour fédérale d'appel.

## 2. Les tortures et actes de barbarie

**736. Le texte répressif français.** Les tortures et actes de barbarie étaient pris en compte dans l'ancien Code pénal sous forme de circonstances aggravantes de certains crimes et délits mais ne constituaient pas une infraction autonome[1610]. Au regard de la gravité de ces actes, la communauté internationale a réagi par la conclusion de diverses conventions internationales dont la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, adoptée par les Nations Unies le 10 décembre 1984 ou celle adoptée par le Comité des ministres le 26 juin 1987. La France ayant ratifié ces instruments internationaux, c'est dans ce contexte que le nouveau Code pénal français incrimine les tortures et les actes de barbarie (art. 222-1 à 222-6) comme infraction autonome, sans fournir d'autres précisions sur leurs éléments constitutifs[1611]. Le manque de définition de ces actes a été confirmé par la Chambre criminelle dans deux arrêts respectifs[1612]. « *Cette lacune s'étend aux cas où de tels comportements*

1608 *United States v. Esquenazi*, *op. cit.*

1609 *Ibid.*

1610 PRADEL Jean, DANTI-JUAN Michel, *Droit pénal spécial*, 7e éd., Cujas, 2017, p. 74.

1611 « Le fait de soumettre une personne à des tortures ou à des actes de barbarie est puni de quinze ans de réclusion criminelle ».

1612 Pour les actes de torture, V. Cass. Crim., 24 octobre 2007, *B.* n° 254. Pour les actes de barbarie, V. Cass. Crim., 1er décembre 1993, *B.* n° 368, p. 920.

*constituent une circonstance aggravante de nombreux crimes ou délits* »[1613], à savoir l'infraction d'enlèvement et de séquestration (art. 224-2 CP), de viol (art. 22-26 CP), d'extorsion (art. 312-7 CP) ou de la traite des êtres humains (225-4-4), à titre d'exemple.

**737. Le reproche de l'imprécision.** À partir de cette présentation, il n'est pas étonnant de constater que les textes de répression des tortures et actes de barbarie ont fait l'objet d'une question prioritaire de constitutionnalité, posée à la chambre criminelle de la Cour de cassation, que nous citons intégralement pour bien illustrer la problématique :

> « les articles 222-1 et 224-2, alinéa 2, du Code pénal méconnaissent-ils l'article 34 de la Constitution du 4 octobre 1958 et le principe de légalité des délits et des peines résultant de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, faisant obligation au législateur de fixer lui-même le champ d'application de la loi pénale et de définir les crimes et délits en des termes suffisamment clairs et précis, en ce qu'ils punissent les actes de torture et les actes de barbarie sans définir les éléments constitutifs de ces infractions ? »[1614].

**738. L'incrimination clarifiée par le droit conventionnel.** La réponse de la Chambre criminelle fut courte et assertive. La question posée ne présente pas un caractère sérieux pour la raison que les actes relevant de la torture ou de la barbarie sont définis par la Convention des Nations Unies contre la torture, ainsi il n'y a pas lieu de renvoyer au Conseil constitutionnel.

La méthode employée par la juridiction suprême est un exemple classique de la technique de clarification. Alors que le siège national de l'infraction n'opère aucun renvoi à la source internationale, celle-ci éclaire le contenu du premier en fournissant une définition précise du comportement réprimé. Le juge pénal est devant une norme internationale créatrice d'infraction mais qui ne comporte pas de sanction. Le législateur n'a pas comblé l'incomplétude de cette norme par un supplément interne mais il a créé une infraction purement nationale sans aucune référence externe. Cela étant, la précision de la norme internationale lui confère une effectivité pénale que le juge concrétise dans son travail d'interprétation. *A contrario*, si cette norme internationale manquait en qualité d'effectivité, elle aurait eu un rôle beaucoup plus réduit dans la solution juridique, voire elle n'aurait produit aucun effet. Ainsi est présenté un cas pratique qui confirme qu'une classification manichéenne présence/absence d'effet direct est obsolète et que l'effectivité pénale des normes internationales est objet de nuances et de degrés.

**739. Analyse doctrinale.** Dans un commentaire d'arrêt, Philippe Conte estime que la convention peut guider le juge pénal dans son travail interprétatif[1615]. Cependant, il indique que la méthode suivie par le juge n'est pas fondée sur l'article 55 de la Constitution, consacrant l'autorité supérieure des traités, mais sur l'article 111-4 du Code pénal qui confère au pouvoir judiciaire la mission d'interpréter la loi pénale[1616]. Pour résumer le point de vue de l'auteur, ce

---

1613 CONTE Philippe, « Torture et actes de barbarie — Définition », *DP* n° 9, Septembre 2017, comm. 121.

1614 Cass. Crim., 21 juin 2017, n° 17-82.068, QPC, *JurisData* n° 2017-014140 ; *DP* n° 9, 2017, comm. CONTE.

1615 CONTE Philippe, *op. cit.*

1616 *Ibid.*

n'est pas l'effectivité pénale de la convention contre la torture qui a influencé la solution juridique, mais le choix du juge d'en faire appel pour accomplir son devoir interprétatif. Or, cette analyse n'emporte pas notre conviction pour plusieurs raisons. Tout d'abord, la chambre criminelle a éprouvé le besoin de préciser que la convention en question a été « *ratifiée par la France le 18 février 1986* ». La référence à la condition constitutionnelle de validité est conjuguée à une formule explicite déterminant le rôle du traité et à une disposition déterminée dans le texte international : les actes réprimés « *sont définis par l'article premier de la Convention* ».

**740.** Plus fondamentale encore est la solution prônée par la Cour de cassation dans un arrêt plus récent relatif à la même question. La chambre criminelle a délimité la portée du crime de torture prévu et réprimé par l'article 222-1 CP, toujours par référence à la convention internationale pertinente. La partie civile avait formé un pourvoi contre l'arrêt de la Cour d'appel de Paris jugeant ne pas avoir lieu d'informer sur les conséquences, sur la personne du plaignant, de crimes dont a été victime son frère. La juridiction inférieure avait pris le soin de rappeler, outre le principe de l'interprétation stricte, que l'obligation internationale faite aux États d'ériger en infraction pénale les actes de torture ne concerne que les actes strictement visés par le premier article de la convention contre la torture, « *à la différence des autres traitements inhumains et dégradants régis par l'article 16* »[1617]. Ainsi, l'angoisse et le désespoir générés par les crimes commis sur le frère du plaignant ne correspondent pas « *à la définition donnée par l'article 1er de la Convention de New-York* » et par la suite « *les répercussions psychologiques voire physiques […], aussi intenses soient-elles, […] ne peuvent être constitutives du crime de torture prévu et réprimé par l'article 222-1 du code pénal* ». Et c'est à la lettre que la Chambre criminelle reprend la motivation de la juridiction inférieure. Cet arrêt indique bien que la Cour de cassation estime que la convention n'est pas un simple guide de l'interprétation, mais qu'elle contrôle la définition et la portée des actes réprimés.

### B. L'OBJET DE L'INFRACTION

**741.** Dans ce cas, la loi nationale interdit un comportement lié à un certain objet illicite, sans définir ce dernier de façon inéquivoque. Le rôle de la convention internationale est ainsi de fournir au juge pénal des précisions sur la nature de l'objet de l'infraction. Les arrêts étudiés ont pu montrer que cette technique a été utilisée dans le cadre d'infractions à la législation de stupéfiants (1), d'infractions aux interdictions d'armes chimiques (2), d'infractions au Code de patrimoine (3) ainsi que d'infractions à la législation de séjour régulier des étrangers (4).

1617 Cass. Crim., 20 novembre 2018, n° 17-86640, consulté sur : *dalloz.fr* et *juricaf.org*.

## 1. La qualification de stupéfiants

**742.** Les personnes poursuivies en la matière tentent souvent de contester la qualification comme stupéfiants des produits saisis en s'appuyant soit sur une prétendue prématurité (a), soit sur une prétendue caractéristique exigée (b).

### *a. Le seuil de croissance des plantes*

**743.** La prématurité des plantes à l'origine des stupéfiants a été avancée à plusieurs reprises pour écarter l'élément matériel d'infractions à la législation de stupéfiants. Concernant cet argument, la position du juge pénal en France et en Égypte est divergente malgré le partage de la technique de recours à une disposition internationale pour clarifier l'objet de l'incrimination nationale.

**744. Les pieds de plante.** Un Français a rapporté d'Amsterdam des graines de cannabis, les a plantées et a été interpellé alors qu'il transportait trois pieds de plante dans son véhicule. La Cour d'appel de Rennes le condamne à une amende « *pour transport, détention, offre et emploi non autorisés de plantes et herbe de cannabis* ». Devant la Cour de cassation, l'accusé invoque la définition du cannabis issue de la convention internationale pour écarter la qualification des pieds de la plante comme stupéfiants. Selon l'article 1(b) du traité :

> « Le terme "cannabis" désigne les sommités florifères ou fructifères de la plante de cannabis (à l'exclusion des graines et des feuilles qui ne sont pas accompagnées des sommités) dont la résine n'a pas été extraite, quelle que soit leur application ».

Pour la défense, les plantes de cannabis ne comportant pas ces sommités échappent ainsi, sur le fondement de ladite disposition internationale, au texte d'incrimination interne. Cela étant, la Chambre criminelle approuve le raisonnement de la juridiction inférieure en ce qu'elle s'est appuyée sur une disposition différente du même texte international : l'article 1(c) « *précise que l'expression "plante de cannabis" désigne toute plante du genre cannabis, lesquelles doivent en conséquence être classées comme stupéfiants au même titre que le cannabis lui-même* »[1618]. Il est intéressant d'observer la facilité avec laquelle tant le juge pénal que la défense « *utilisent* » une convention internationale pour offrir des interprétations concurrentes d'une infraction du Code pénal alors que cette dernière ne renvoie pas vers la première.

**745.** L'invocation de l'argument de la prématurité des plantes de cannabis a produit des solutions juridiques différentes devant les juridictions répressives égyptiennes. Cette différence était principalement due au fait que les arrêts étudiés ont été rendus alors que l'État égyptien n'a pas ratifié la Convention unique sur les stupéfiants de 1961 qui inclut les plantes de cannabis dans son chapitre relatif aux « *définitions* ». Néanmoins, le juge pénal égyptien a employé *sua sponte* la même technique de clarification que son homologue français à l'égard de la loi interne

---

1618 Cass. Crim., 10 décembre 1998, n° 97-85.162, Inédit, consulté sur : *legifrance.gouv.fr*.

sur les stupéfiants, bien que ce soit par l'intermédiaire d'une convention internationale plus ancienne.

Dans deux affaires distinctes[1619], un individu cultivait des plantes de cannabis au sein de sa propriété agricole et il a été poursuivi pour « *détention de stupéfiants* » en vertu de la loi n° 21-1928. Pour les fins d'application, l'article premier de ladite loi explique que le chanvre indien (hachich) et ses produits sont considérés comme stupéfiants, sans aucune autre indication ou précision sur leur définition. Dans les deux arrêts, la Chambre criminelle commence son analyse en rappelant l'existence d'un accord international sur les stupéfiants conclu à Genève le 19 février 1925 (Convention internationale relative aux stupéfiants) que l'Égypte a ratifiée et publiée. Ce traité explique que « *par 'chanvre indien', on entend la sommité séchée, fleurie ou fructifère, des pieds femelles du Cannabis sativa L. de laquelle la résine n'a pas été extraite, sous quelque dénomination qu'elle soit présentée dans le commerce* » (art. 1). La juridiction suprême rappelle ensuite que la loi de 1928 a été promulguée après la ratification du traité, « *ce qui veut dire que le législateur égyptien, en rédigeant la législation sur les stupéfiants, ne voulait pas aller au-delà de cette définition […], surtout que les débats parlementaires font référence à la convention* »[1620]. En conclusion, les juges affirment que les plantes saisies n'ont pas atteint « *le seuil [de croissance] précisé par la définition internationale* », leur détention ne pouvant être poursuivie sur le fondement de la loi sur les stupéfiants.

### *b. Les caractéristiques du stupéfiant*

**746.** Comme dans l'hypothèse du seuil de croissance, les prévenus dans cette hypothèse contestent également la qualification du stupéfiant au regard de la législation nationale en mettant en question les caractéristiques du produit saisi[1621]. Dans trois arrêts distincts, c'est la Chambre criminelle de la Cour de cassation française qui offre les illustrations de la technique de clarification.

**747. La variété.** La première caractéristique mise en cause est la variété du stupéfiant. Le prévenu avait violé les règlements d'administration publique incriminant le fait de produire, fabriquer, utiliser ou faciliter l'usage de cannabis, en l'occurrence du chanvre indien inscrit au tableau B (stupéfiants) des substances vénéneuses. La défense prétend que le code de la santé publique « *ne vise que le chanvre en provenance des Indes* », donc de variété indienne, alors que l'objet de son

---

1619 Cass. Crim. (Egy), 23 juin 1941, Req. n° 1469, année judiciaire 11 ; Cass. Crim. (Egy), 10 avril 1944, Req. n° 156, année judiciaire 14, consultés sur : *cc.gov.eg*.

1620 *Ibid.*

1621 Il est important de noter que la référence à une convention internationale n'est pas exclusivement investie par la défense, mais parfois c'est la juridiction répressive qui s'y appuie pour qualifier l'objet de l'infraction. C'est ainsi que la Chambre criminelle a confirmé un arrêt de la Cour d'appel de Chambéry qui définit l'acide orotique « par référence à la Convention internationale unique sur les stupéfiants » ; Cass. Crim., 18 mai 2004, n° 03-83106, Inédit, consulté sur : *legifrance.gouv.fr*. Même si la technique d'application employée est appréciée, cet arrêt reste très critiquable au regard du fait que l'acide orotique ne figure nulle part dans la convention citée.

infraction relève d'une autre variété cultivée en Lozère. On est donc face à un texte répressif national qui interdit la production d'une substance inscrite dans un tableau réglementaire également national. C'est la nature de la substance incriminée qui pose un problème de qualification de l'élément matériel. Pour trancher, les juges précisent que « *le cannabis ou chanvre indien inscrit au tableau B ne doit plus être défini en se référant à l'article* R. *5166 du code de la santé publique, mais à la convention internationale unique sur les stupéfiants du 30 mars 1961* »[1622]. La Cour constate ensuite que ladite convention n'établit pas de distinction en fonction ni de la variété ni du sexe du cannabis. Pour la Cour, cette définition clarifie le terme « *chanvre indien* » du tableau B, inclus plus récemment par arrêté dans un paragraphe intitulé « *substances visées par les conventions internationales* ». Le moyen du prévenu visant à écarter la qualification de l'élément matériel n'est pas accueilli.

**748. La résine.** Il est intéressant de noter que la chambre criminelle française a utilisé la même technique pour répondre à un pourvoi formé contre la Cour d'appel d'Amiens n'ayant pas déterminé si la « *résine de cannabis* » était bien visée par le texte national d'incrimination. Suivant le même fil de justification que l'arrêt précédent, la chambre criminelle clarifie la portée du mot « *stupéfiant* » par référence au traité et y inclut la résine du cannabis[1623]. Plus intéressant encore, elle confirme que cette clarification par référence est due à l'effectivité pénale de la Convention internationale unique sur les stupéfiants « *en raison de l'autorité supérieure qu'elle a acquise sur la loi interne dès sa publication au journal officiel du 22 mai 1969* »[1624].

**749. La teneur en THC.** La dernière série d'arguments destinée à contester les caractéristiques du produit opposé dans le cadre des infractions à la législation de stupéfiants se rapportait à la teneur en tétrahydrocannabinol (THC) des herbes de cannabis que le prévenu interpellé avait en sa possession. Pour la défense, les parties de la plante contenant ce psychotrope méritent seules d'être qualifiées de stupéfiants. Pour confirmer la condamnation prononcée par la juridiction inférieure, la chambre criminelle se réfère à la Convention internationale de 1961 qui, avec la loi nationale, « *ne définissent pas le cannabis en fonction de sa teneur en tétrahydrocannabinol* »[1625].

## 2. La nature d'armes chimiques prohibées

**750.** La technique de clarification a été employée par le juge pénal américain dans l'arrêt *Bond v. United States*, précédemment évoqué dans le cadre du contrôle de la validité substantielle des conventions internationales[1626].

---

1622 Cass. Crim., 12 décembre 1984, *B.* n° 402.

1623 L'article 1(d) de la convention définit la résine de cannabis comme « la résine séparée, brute ou purifiée, obtenue à partir de la plante de cannabis ».

1624 Cass. Crim., 5 février 1990, n° 89-81869, Inédit, consulté sur : *legifrance.gouv.fr*.

1625 Cass. Crim., 5 février 1998, *B.*, n° 49, p. 134.

1626 V. *supra* n° 185.

**751. Les faits.** Un rappel des faits est opportun. En 2006, Carol Anne Bond, microbiologiste de profession, découvre l'infidélité de son mari avec son amie Myrlinda Haynes, tombée enceinte depuis. Cherchant à se venger, Bond vole à son employeur des produits chimiques toxiques et elle en commande d'autres sur Internet. Sur une période de sept mois, l'accusée répand ces produits dans l'environnement de la victime, à savoir sur sa voiture, sa boîte aux lettres et la porte de sa maison. Bond n'avait pas l'intention de tuer Haynes ; elle espérait que son crime passionnel finirait par engendrer une éruption cutanée « *inconfortable* » pour la victime. Excédée par le harcèlement, Haynes appelle la police locale après avoir trouvé de la poudre sur sa boîte aux lettres. La plainte arrive cependant devant les enquêteurs du Service fédéral de la Poste qui ont surveillé et filmé Bond en train de voler la correspondance de Haynes et de mettre des produits dans le pot d'échappement de sa voiture. Le détournement de correspondance étant une infraction fédérale, Bond a été poursuivie pour violation de la section 1708 du Code fédéral pénal. Les enquêteurs l'ont également poursuivie pour détention et utilisation d'une « *arme chimique* », infraction codifiée à la section 229 (a) du titre 18 du code après la ratification de la Convention sur les armes chimiques[1627] par les États-Unis en 1997.

**752.** Il est important de noter que la section 229 interdit plusieurs comportements liés aux armes chimiques dont la production, la détention et l'utilisation. Le texte reprend à la lettre la définition d'arme chimique consacrée par la convention internationale. Est ainsi considérée comme arme chimique « *le produit chimique toxique et ses précurseurs, à l'exception de ceux qui sont destinés à des fins non interdites par le présent chapitre, aussi longtemps que les types et quantités en jeu sont compatibles avec de telles fins* »[1628]. La défense de Bond s'était basée sur la qualification des produits utilisés dans le crime passionnel, arguant qu'ils ne constituaient pas des armes chimiques au sens de la section 229.

**753. Analyse de la Cour suprême.** Pour répondre à ce moyen, la Cour suprême a commencé son analyse par la description du tableau « *Gazés* », la peinture de John Singer Sargent qui illustre les effets d'une attaque au gaz moutarde lors de la Première Guerre mondiale. Pour les juges de l'opinion majoritaire, les horreurs présentées dans cette peinture ont motivé un consensus dans la communauté internationale selon lequel les produits chimiques toxiques ne doivent plus être utilisés comme armes contre les êtres humains[1629]. Cet objectif est aujourd'hui reflété dans la Convention sur l'interdiction des armes chimiques que les États-Unis ont ratifiée en

---

1627 Cette convention exige, dans son article 7, la promulgation d'une loi pénale adaptée aux obligations contractées par les États parties pour interdire « aux personnes physiques et morales se trouvant en quelque lieu de son territoire d'entreprendre quelque activité que ce soit qui est interdite à un État partie par la présente Convention ».Pour le contexte, il est à noter que le premier paragraphe du préambule de la Convention annonce clairement son objectif « de réaliser des progrès effectifs vers un désarmement général et complet […] et l'élimination de *tous les types d'armes de destruction massive* ».

1628 L'article 2 de la convention de 1993, intitulé « définitions et critères », est rédigé ainsi : « les produits chimiques toxiques et leurs précurseurs, à l'exception de ceux qui sont destinés à des fins non interdites par la présente Convention, aussi longtemps que les types et quantités en jeu sont compatibles avec de telles fins ».

1629 *Bond v. United States*, 134 S. Ct. 2077 (2014)

1997. Après ce rappel historique, la Cour précise que le Congrès a promulgué *the Chemical Weapons Convention Implementation Act* of 1998, précisément par respect de l'obligation conventionnelle de punir « *des crimes d'une gravité mortelle* »[1630].

**754. L'objectif de la Convention comme élément de clarification de l'infraction nationale.** Au regard de la généalogie du texte national d'incrimination, la Cour se tourne vers la convention et son objectif pour interpréter son champ d'application. Si la section 229 incorpore la convention, « *le crime de Bond est frontalement différent des utilisations du gaz moutarde sur le front de l'Ouest ou des agents neurotoxiques dans la guerre Iran-Irak qui constituent les préoccupations fondamentales de ce traité* »[1631]. Par tautologie, la Cour indique que les substances utilisées par Bond ne présentent pas « *un danger particulier pour les objectifs de la Convention* »[1632], avant de préciser que juger différemment revient à introduire toute sorte de produits ménagers dans le champ de la prohibition, à savoir même « *le détergent sous l'évier* ».

**755.** Pour certains commentateurs, la Cour suprême n'a pas fait la bonne application du texte national. Toujours en utilisant la technique de clarification, le Professeur Sloss fait référence aux négociations de la Convention de 1993 durant lesquelles était évoqué l'assassinat d'un dissident bulgare par de la ricine toxique administrée à l'aide d'un parapluie[1633]. Ainsi, les rédacteurs de la Convention avaient prévu de réprimer le comportement de l'accusée. Certains juges de la Cour suprême n'étaient même pas d'accord avec l'usage de la technique de clarification. Cependant, leur critique se rapporte moins à l'opportunité de son utilisation qu'au fait que la convention a dépassé les limites constitutionnelles en obligeant les États-Unis à criminaliser un comportement qui relève de la souveraineté criminelle des États fédérés[1634].

## 3. La définition de biens culturels

**756.** Les agents douaniers du port du Havre ont découvert dans le conteneur d'un navire une importante quantité de fossiles d'animaux datant du Crétacé destinée à la société Eldonia. L'enquête a pu dévoiler d'autres importations de fossiles auxquelles procédait ladite société en provenance de nombreux pays extracommunautaires. À la suite de l'ouverture d'une information judiciaire, plusieurs de ses responsables ont été mis en examen pour une liste prolongée de chefs d'accusation dont la détention de bien culturel sans document justificatif régulier, tel que prévu par le Code de patrimoine. Les intéressés ont formulé une demande d'annulation de cet acte de procédure que la Chambre d'instruction de Lyon a rejeté en raison du fait que :

---

1630 *Ibid.*

1631 *Ibid.*

1632 *Ibid.*

1633 SLOSS David, « *Bond v. United States*: Choosing the lesser of two evils », *Legal Studies Research Paper Series*, Santa Clara University School of Law, Accepted Paper no. 2-15, January 2015, p. 5.

1634 *Bond v. United States*, 134 S. Ct. 2077 (2014) [Alito, concurring].

> « L'article 1er de la Convention UNESCO de 1970 à laquelle la France est partie stipule que sont considérés comme biens culturels, notamment les collections et spécimens rares de zoologie, de minéralogie et d'anatomie, objet présentant un intérêt paléontologique ce qui inclut donc les fossiles »[1635].

Les juges du fond utilisent alors l'instrument international pertinent dans l'interprétation de l'incrimination nationale.

**757.** Dans leur pourvoi devant la Cour de cassation, les inculpés soutiennent que le principe de légalité des délits et des peines s'oppose à ce qu'un texte d'incrimination soit « *interprété à la lumière d'une Convention internationale dépourvue d'effets directs en France* »[1636]. Ainsi, l'instrument international qui régit des relations interétatiques ne peut servir de fondement pour définir la nature du bien culturel dans l'infraction nationale. Bien que cette compréhension de l'effectivité pénale soit erronée, la Chambre criminelle répond positivement à ce moyen par un motif tautologique. Elle décide que la Convention de l'UNESCO du 14 novembre 1970 ne peut servir en elle-même à asseoir une incrimination pénale[1637]. Si la décision inférieure encourait la cassation dans tous les cas pour d'autres motifs de droit, cette redondance de la part de la juridiction suprême reste surprenante. La chambre d'instruction ne s'est pas principalement fondée sur la convention internationale, mais bien sûr une conjugaison de dispositions répressives internes répondant au critère de complétude au regard du principe de légalité. Le rôle de la convention internationale « *à laquelle la France est partie* » était limité à clarifier le bien culturel, objet du comportement réprimé par le texte national qu'est l'importation. C'est surtout la Chambre criminelle qui crée le problème sur le fondement duquel elle censure la décision de la chambre d'instruction.

## 4. La qualité des personnes dans les infractions de séjour irrégulier

**758.** À la différence des cas précédents, c'est la qualité d'un individu, et non pas d'un produit, qui fait l'objet de l'infraction et l'objet de clarification par la convention internationale. Dans *United States v. Aguilar*, plusieurs personnes ont été accusées d'avoir fait entrer clandestinement des étrangers aux États-Unis par violation de la section 1324 du titre 18 du Code fédéral[1638]. La disposition précisait que, pour qualifier l'infraction, l'étranger ne doit pas avoir le droit d'entrer ou de résider sur le territoire américain « *en vertu de ce chapitre ou de toute autre loi relative à l'immigration ou l'expulsion des étrangers* ». Pour écarter l'élément matériel de ce crime, la défense explique que les étrangers en question sont des réfugiés au sens du Protocole relatif au Statut

---

1635 Cass. Crim., 12 septembre 2018, *RTD Com.* 2018, p. 1064, note Bouloc.

1636 *Ibid.*

1637 *Ibid.*

1638 La version du texte en vigueur à l'époque était la suivante : « Any person […] who brings into […] the United States […] any alien, including an alien crewman, not duly admitted by an immigration officer or not lawfully entitled to enter or reside within the United States under the terms of this chapter or any other law relating to the immigration or expulsion of aliens, shall be guilty of a felony, and upon conviction thereof shall be punished by a fine not exceeding $2, 000 or by imprisonment for a term not exceeding five years, or both».

des réfugiés du 31 janvier 1967 qui constitue une loi relative à l'immigration excusant ainsi les passeurs de la commission de l'infraction. Les étrangers ont donc le droit d'entrer ou de résider sur le territoire américain.

**759.** La Cour fédérale note que l' « *autre loi* » pertinente serait le *Refugee Act* de 1980 qui intègre les obligations du Protocole dans le droit américain[1639]. Elle affirme que le terme réfugié dans cette loi fédérale doit être « *interprété en conformité avec le Protocole* » pour raison que ce dernier peut servir comme « *guide à l'intention législative du Congrès dans la promulgation du Refugee Act* »[1640]. Examinant ledit Protocole, la Cour indique qu'il ne confère pas, par sa propre force, le statut de réfugié. Ainsi était clarifié le champ d'application du Refugee Act : « *le Protocole ne fournit aucune preuve que le Congrès avait l'intention de permettre aux étrangers de résider aux États-Unis sans se présenter aux autorités d'immigration* »[1641], l'étranger en situation irrégulière devant le faire « *sans délai* » selon la convention en question.

## § 2. L'ÉLÉMENT INTELLECTUEL DE L'INFRACTION NATIONALE

**760. Délimitation : le dol spécial.** La clarification de l'élément moral d'une infraction nationale par référence à une convention internationale ne concerne pas le dol général, mais surtout le dol spécial. « *Dans de très nombreuses hypothèses, l'infraction intentionnelle suppose un élément intellectuel plus caractérisé que la simple volonté de commettre, en sachant qu'il est interdit, tel ou tel comportement* »[1642]. Globalement, le texte répressif ne contient pas d'exigence explicite de dol spécial, « *c'est alors l'interprétation jurisprudentielle des textes qui permet de savoir qu'un tel dol est nécessaire* »[1643].

**761.** L'exercice jurisprudentiel de dégagement d'un dol spécial sera plus ciblé lorsque le juge pénal applique un texte répressif incorporant une obligation internationale de punir. L'effectivité pénale de la convention sera matérialisée en ce qu'elle lui fournit des éléments textuels ou téléologiques pour déterminer l'exigence de ce dol caractérisé, soit à la demande de la défense ou par l'office du juge. La classification thématique des conventions employées a été privilégiée. Seront ainsi exposés les effets, sur l'élément intellectuel de l'infraction, des conventions internationales en matière de traite d'enfants (A) et en matière d'infractions à la législation de stupéfiants (B).

### A. DANS LE DOMAINE DE LA RÉPRESSION DE LA TRAITE DES ÊTRES HUMAINS

**762.** L'infraction de trafic d'enfants a offert l'occasion au juge pénal égyptien d'appliquer indirectement une convention internationale par l'emploi de la technique de clarification.

---

1639 *INS v. Cardoza-Fonseca*, 480 U.S. 421 (1987).

1640 *United States v. Aguilar*, 883 F.2d 662 (9th Cir. 1989).

1641 *Ibid.*

1642 DESPORTES Frédéric et LE GUNEHEC Francis, *op. cit.*, p. 432.

1643 *Ibid.*, p. 433.

Plusieurs individus, dont deux membres d'une association d'assistance sociale et un médecin, ont monté un groupe transnational de crime organisé spécialisé dans le trafic de nouveau-nés pour profiter des besoins de familles privées de procréation. Deux citoyens américains mariés sont entrés en « *transaction* » avec ce groupe et ils se sont procuré deux bébés jumeaux en contrepartie d'une somme d'argent. Alors que le couple est à l'Ambassade américaine pour obtenir la documentation nécessaire au voyage des jumeaux, la mère s'écroule sous la pression des interrogations des agents diplomatiques et elle avoue les avoir « *achetés* » au groupe criminel. Après la dénonciation de l'Ambassade, l'ensemble des personnes impliquées a été poursuivi pour crime de vente d'enfants aggravé par la circonstance de criminalité organisée en vertu de l'article 291 du Code pénal égyptien. Ce texte établit un ensemble de droits pour l'enfant et consacre sa protection de la traite et de l'exploitation dans toutes ses formes avant de prévoir une peine de réclusion et d'amende pour « *toute personne qui vend un enfant, l'achète ou l'expose à la vente* ». Pour écarter la qualification du crime, le mobile « *noble* » d'adoption a été avancé par la défense comme excusant le comportement réprimé, revendiquant ainsi l'existence d'un dol spécial pour caractériser l'infraction.

**763.** Pour refuser ce moyen, la Chambre criminelle égyptienne commence sa motivation par un rappel de l'article 151 de la Constitution qui confère la « *force de loi* » aux conventions internationales une fois ratifiées et publiées[1644]. La Chambre rappelle ensuite la ratification par l'Égypte du Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant et la publication de ce texte au journal officiel en 2005. C'est par la suite que le législateur égyptien codifie l'infraction de l'article 291 par la loi n° 126 de 2008. Après avoir établi la source conventionnelle du siège national de l'infraction, les juges analysent l'article 2 du Protocole international selon lequel :

> « On entend par vente d'enfants tout acte ou toute transaction en vertu desquels un enfant est remis par toute personne ou de tout groupe de personnes à une autre personne ou un autre groupe contre rémunération ou tout autre avantage ».

**764.** Les juges déduisent alors que la criminalisation du trafic d'enfants est générale sans aucune exigence par rapport à l'objet du trafic[1645]. Par conséquent, le moyen de « *vente pour adoption* » a été écarté. Il est intéressant de noter que la Cour de cassation égyptienne a choisi d'étudier la question sous l'angle du dol spécial ou du dol aggravé au lieu d'avancer le principe d'indifférence du mobile.

### B. Dans le domaine de la répression des stupéfiants

**765.** Les infractions à la législation sur les stupéfiants en France et en Égypte offrent de nombreuses illustrations pour l'utilisation de la technique de clarification dans le cadre de l'élément intellectuel de l'infraction. Les instruments investis pour faire cet exercice sont la

1644 Cass. Crim. (Egy), 1er juillet 2010, Req. n° 11268, année judiciaire 79, consulté sur : cc.gov.eg.

1645 *Ibid.*

Convention internationale relative aux stupéfiants du 19 février 1925 (1) et la Convention unique sur les stupéfiants conclue le 30 mars 1961 à l'initiative des Nations Unies (2).

## 1. La Convention internationale relative aux stupéfiants du 19 février 1925 devant le juge égyptien

**766.** Ce texte international a été employé pour clarifier l'élément intellectuel de l'infraction d'importation de stupéfiants en droit égyptien. Deux dols spéciaux ont été avancés. D'un côté, l'exigence que l'importation soit faite « *pour l'objet de trafic* » (a), de l'autre, l'exigence que l'importateur ait « *un but de distribution sur le territoire égyptien* » (b).

### *a. L'importation aux fins de trafic*

**767.** Le parquet général a accusé d'importation de stupéfiants sans autorisation légale une personne arrivant d'Oman arrêtée par les agents douaniers de l'aéroport du Caire. Devant la juridiction inférieure, ce dernier présente un moyen de défaut de base légale au regard du fait que les stupéfiants étaient en sa possession à des fins de consommation personnelle. Les juges du fond refusent ce moyen en niant l'exigence d'un dol spécial de trafic, l'importation étant accomplie par la simple « *détention à travers les frontières de la République* »[1646]. L'accusé a été condamné à la réclusion criminelle à perpétuité et à une amende de cinq mille livres égyptiennes.

Une fois saisie, la Chambre criminelle a cassé la décision des juges du fond. Pour la Chambre, l'infraction d'importation de stupéfiants était destinée à lutter contre les opérations de trafic international et l'éradication de la contrebande. Elle a été adoptée par le législateur pour remplir l'engagement international consacré par plusieurs traités dont la Convention internationale relative aux stupéfiants à laquelle l'Égypte a adhéré en 1926. Pour justifier l'emploi de la technique de clarification, les juges précisent que « *cette convention est considérée comme l'origine historique qui a inspiré le législateur pour les normes de trafic de stupéfiants* »[1647]. C'est après qu'elle a acquis la force de loi que le législateur a promulgué la loi n° 21 de 1928 sur les stupéfiants. Ainsi, « *au regard des dispositions des conventions internationales à laquelle l'Égypte a adhéré* »[1648], surtout l'article 13 du traité cité, passer la ligne douanière en détention de stupéfiants ne suffit pas pour qualifier les faits d'infraction d'importation mais de délit de contrebande. Pour qualifier l'importation, il faudra également établir un dol spécial de trafic du fait que la convention qui a inspiré l'incrimination nationale « *précise que le contrôle de trafic international est parmi ses objectifs* »[1649].

---

1646 Cass. Crim. (Egy), 6 avril 1970, Req. n° 214, année judiciaire 40, consulté sur : *cc.gov.eg*.

1647 *Ibid.*

1648 *Ibid.*

1649 *Ibid.*

*b. L'importation aux fins de distribution dans le territoire égyptien*

**768.** Outre un dol spécial lié aux fins de trafic, l'infraction d'importation de stupéfiants en droit égyptien a connu un nouvel examen par la Cour de cassation relatif à l'hypothèse où l'Égypte n'est pas la destination finale de la personne arrêtée. Après une première impression dans laquelle la Chambre criminelle a nié l'exigence d'un dol spécial de distribution sur le territoire (i), elle revient sur sa décision dans un stade ultérieur (ii), toujours en employant la même technique de clarification par le biais de la convention internationale.

**i. La négation du dol spécial**

**769.** Un voyageur pakistanais, en route vers le Lagos au Nigeria, a été arrêté dans la zone de transit de l'aéroport du Caire. Il avait en sa possession des ampoules d'héroïne pour lesquelles il a été poursuivi pour le crime d'importation de stupéfiants. Les juges du fond ont considéré que le dol spécial de « *distribution sur le territoire égyptien* » n'existait pas et par conséquent, il a été condamné pour délit de détention. Le parquet général se pourvoit alors en cassation devant la Chambre criminelle, critiquant la qualification juridique accordée aux faits par la juridiction inférieure[1650].

Encore une fois, la Chambre criminelle casse la décision de fond par une interprétation de la loi répressive nationale à la lumière de l'obligation conventionnelle de punir. Comme pour le dol spécial de trafic, la Cour dresse l'origine internationale de la loi égyptienne sur les stupéfiants pour révéler l'intention du législateur[1651]. Les juges de droit affirment ensuite que l'objectif du texte est la protection de la communauté internationale des dangers de stupéfiants et par conséquent, il ne faut pas cantonner le texte répressif dans une « *vision locale* »[1652]. Pour l'instant, le crime d'importation de stupéfiants ne nécessite donc pas un dol spécial de distribution dans le territoire égyptien[1653].

**ii. L'institution du dol spécial**

**770.** Environ un an après l'arrêt du 3 janvier 1995, la Chambre criminelle a été saisie par le parquet général pour une affaire quasi-identique. Un voyageur transportant de l'héroïne, en transit à l'aéroport du Caire, a été condamné par les juges du fond pour délit de détention au lieu de crime d'importation.

---

1650 Cass. Crim. (Egy), 3 janvier 1995, Req. n° 10909, année judiciaire 63, consulté sur : *eastlaws.com*.

1651 *Ibid.*

1652 *Ibid.*

1653 Il est intéressant de noter que la Chambre criminelle était précédemment arrivée à la même conclusion. Ce faisant, l'origine conventionnelle de l'incrimination interne ne figure pas dans la motivation, ce qui appuie la thèse du travail créatif du juge dans la matérialisation de l'effectivité pénale des conventions internationales. V. Cass. Crim. (Egy), 19 juillet 1994, Req. n° 17096, année judiciaire 62, consulté sur : *eastlaws.com* et Cass. Crim. (Egy), 4 juin 1986, Req. n° 671, année judiciaire 56, consulté sur : *cc.gov.eg*.

Cette fois-ci, la Chambre criminelle opère un « *revirement par rapport au principe juridique consacré dans les arrêts précédents qui ont interprété le terme 'importer' de manière à y inclure le trafic à l'intérieur du pays ou à l'étranger* »[1654]. La Cour considère ainsi que le crime d'importation de stupéfiants nécessite un dol spécial de distribution sur le territoire égyptien, une personne en route vers un autre État ne pouvant commettre cette infraction spécifique. Pour justifier sa position, la Cour revient encore une fois à l'argument conventionnel de « *l'origine historique* » du texte répressif national. Après avoir rappelé l'objectif de la Convention de 1925 et exposé son article 12 consacré dans un chapitre intitulé « *Contrôle du commerce international* », la Chambre décide d'examiner un traité plus récent pour conforter son interprétation. Il s'agit de la Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes qui, dans son article 2 intitulé « *portée de la convention* », précise que les obligations conventionnelles doivent être exécutées de manière compatible avec les principes de l'égalité souveraine et de l'intégrité territoriale des États. Par conséquent, un dol spécial de distribution est exigé comme élément intellectuel de l'infraction d'importation « *tel qu'il est stipulé dans les conventions internationales* »[1655].

**771.** Peu importent les conclusions, l'ensemble des arrêts égyptiens en la matière met en exergue la clarification comme technique d'application indirecte des conventions internationales devant le juge pénal.

## 2. La Convention unique sur les stupéfiants de 1961 devant le juge français

**772.** Le juge pénal français a utilisé un traité international pour écarter l'exigence d'un dol spécial pour une infraction nationale. Dans les faits, une personne était poursuivie pour culture illicite de cannabis et a été condamnée à des peines d'emprisonnement et d'amende en vertu des articles L. 626 et L. 627 du Code de santé publique. Pour écarter la qualification de l'infraction devant la Cour de cassation, la défense note qu'il convient de distinguer entre la culture aux fins de consommation personnelle et la culture aux fins de trafic, réprimés respectivement par des textes répressifs distincts. Pour répondre à ce grief, la Cour met en œuvre la technique de la clarification comme l'a faite son homologue égyptien. Plus important encore, elle offre une justification de son approche. Ainsi, « *le cannabis se définit […] par référence […] à la Convention internationale unique du 30 mars 1961, qui, en application de l'article 55 de la Constitution, a acquis une autorité supérieure à la loi interne dès sa publication au Journal officiel du 2 mai 1969* »[1656]. Par la suite, les juges précisent que cette convention « *n'opère aucune distinction entre la culture de cannabis en vue du trafic et la culture aux fins de consommation personnelle* »[1657]. C'est ainsi que le dol spécial de

1654 Cass. Crim. (Egy), 10 décembre 1995, Req. n° 21609, année judiciaire 62, consulté sur : cc.gov.eg.

1655 *Ibid.*

1656 Cass. Crim., 9 mars 1992, *B.* n° 103, p. 267. L'autorité supérieure de cette convention a été également confirmée dans une affaire relative à la définition du « haschisch », V. Cass. Crim., 17 octobre 1988, *B.* n° 347, p. 934.

1657 *Ibid.*

l'infraction interne de culture illicite de cannabis a été « *clarifié* » par le texte international pertinent en la matière. Si la doctrine était critique d'autres motifs de cet arrêt[1658], on ne peut qu'admirer cette méthode employée par le juge pénal français pour matérialiser l'effectivité des conventions internationales.

1658 V. AUBERT Bernadette, *op. cit.*, p. 561.

## CONCLUSION DU CHAPITRE I

**773.** Les techniques d'application indirecte des conventions internationales, employées par le juge pénal, partagent un trait commun. L'effectivité pénale de la norme internationale n'est pas suffisamment importante pour que celle-ci contrôle la solution du problème juridique, mais elle est relativement suffisante pour l'influencer. La loi nationale est le texte applicable par le juge pénal. Le rôle de la norme internationale se limite à fournir un outil interprétatif du droit pénal national. Par une échelle croissante, trois niveaux d'application directe ont été relevés dans la jurisprudence pénale comparée.

**774.** La confirmation d'une norme de droit pénal national représente la technique d'application indirecte la plus élémentaire. En citant en amont de la loi interne des traités pertinents, le juge pénal national contribue à la convergence des sources de droit pénal et à l'implantation de la politique criminelle de son État dans un cadre international de lutte contre la criminalité ou de protection des droits individuels. Cette technique est amplement investie dans la jurisprudence pénale américaine et égyptienne, moins par le juge français. L'analyse a fourni deux cas déterminés dans lesquels les juridictions pénales comparées emploient cette méthode d'application, soit pour confirmer l'interprétation d'une incrimination nationale, soit pour renforcer une norme du droit de la peine.

**775.** L'interprétation conforme se trouve au deuxième niveau de l'échelle des techniques d'application indirecte. Elle consiste « *à choisir parmi les différents sens possibles celui qui concorde avec le sens d'une autre disposition, prise comme norme de référence* »[1659]. L'effectivité pénale des normes internationales est plus importante dans le cas d'espèce. La sensibilité de la Cour suprême américaine au moment historique et aux enjeux politiques de l'indépendance a contribué à l'élaboration de cette technique selon laquelle, dans la mesure du possible, une loi du Congrès ne doit jamais être interprétée de manière à violer les traités antérieurement ratifiés. Comme le juge pénal américain est tenu de respecter la dernière volonté législative, la loi fédérale postérieure doit explicitement prévoir une intention d'empiéter aux obligations conventionnelles de l'État. Curieusement, cette innovation américaine a été reprise par la justice française comme « *règle généralement admise dans tous les pays civilisés* »[1660]. Si le système constitutionnel français a ultérieurement évolué dans le sens de la consécration d'une autorité supérieure des traités par rapport aux lois, il n'empêche que l'interprétation conforme a gardé sa pertinence dans certains cas. Les mots « *ouverts* » de la loi pénale nationale peuvent être canalisés vers une interprétation conforme aux engagements internationaux de la France.

**776.** La clarification de la loi pénale interne se situe au sommet des techniques d'application indirecte. Il s'agit d'une interprétation conforme qui a atteint son apogée en raison du contexte de l'application d'une loi pénale nationale portant adaptation d'une obligation internationale de

---

1659 SCIOTTI-LAM Claudia, *L'applicabilité des traités internationaux relatifs aux droits de l'homme en droit interne*, Bruylant, Bruxelles, 2004, p. 507.

1660 Cass. Civ., 22 décembre 1931, *Sanchez*, *JDI* 1932, p. 702, concl. Matter.

punir. C'est dans ce contexte déterminé qu'est matérialisée l'effectivité pénale d'une norme internationale. Dans cette hypothèse, l'influence de la convention est grandissante sur l'interprétation de la loi. Cela est dû au fait que le juge pénal se tourne vers l'intention des Parties à la convention, ainsi que vers les objectifs de cette dernière. Il ne recherche pas simplement l'intention du Législateur national. La clarification porte sur les éléments constitutifs de l'infraction nationale. L'obligation internationale de punir influence l'interprétation de l'élément matériel, que ce soit au niveau du comportement réprimé, ou au niveau de l'objet de l'infraction. Cette technique est également employée pour élucider l'élément intellectuel de l'infraction nationale, notamment par rapport à l'exigence d'un dol spécial.

**777.** Dans toutes les hypothèses précédentes, il y avait une cohabitation entre texte national applicable et traité pertinent dans le cas d'espèce. Or, l'effectivité pénale de la norme, par l'intensification des critères exigés, peut atteindre un certain niveau à partir duquel elle contrôle complètement la solution juridique. On passe alors du domaine de l'application indirecte à celui de l'application directe.

# CHAPITRE II.

## LES TECHNIQUES D'APPLICATION DIRECTE : LA CONVENTION INTERNATIONALE COMME LOI APPLICABLE

**778.** On a déjà rapproché les techniques d'application indirecte à la déviation de la trajectoire de la lumière par la gravité des corps célestes. Parfois, un corps céleste est doté d'une gravité assez conséquente qu'il ne se limite pas à dévier la lumière dans sa trajectoire, mais il empêche complètement celle-ci d'échapper sa surface. Comme les trous noirs, les conventions internationales dotée d'une effectivité pénale considérable capturent la loi nationale et elles offrent elles-mêmes la solution au problème juridique (V. annexe n° 3).

**779.** L'emploi des techniques d'application directe est intimement lié à la place des conventions internationales dans la hiérarchie des sources de droit pénal. Ces techniques s'apparentent dans certains cas à des méthodes de résolution du conflit entre les normes juridiques. La Constitution française confère une « *autorité supérieure* » au traité, alors que les constitutions égyptienne et américaine les placent dans le même rang hiérarchique que la loi interne. Cette différence induit des spécificités dans l'application directe des traités.

**780.** De la même manière que pour l'application indirecte, il existe trois niveaux de techniques d'application directe. En premier lieu, la norme internationale se limite à écarter une loi pénale contraire (Section I). *A priori*, il s'agit de droits conventionnels justiciables qui posent des restrictions au droit de punir de l'État. En deuxième lieu, la norme internationale peut, après avoir écarté la loi nationale, se substituer à cette dernière en fournissant une prescription précise pour le juge pénal (Section II). Cette technique exige une effectivité pénale plus importante au regard du fait que les dispositions conventionnelles appliquées sont généralement des normes pénales classiques de fond et de forme. Finalement, l'apogée des techniques d'application directe est la combinaison de plusieurs conventions internationales pénalement effectives (Section III). L'analyse démontre que cette hypothèse constitue une particularité de la jurisprudence française par rapport à ses homologues en droit comparé. Le juge pénal met ainsi en complémentarité plusieurs normes conventionnelles applicables au cas d'espèce. Néanmoins, un antagonisme irréconciliable peut se présenter entre les dispositions de source internationale et le juge pénal sera tenu de le résoudre au profit de l'une d'entre elles.

## SECTION I.
## ÉCARTER UNE NORME INTERNE CONTRAIRE

**781.** Il s'agit du premier niveau d'application directe. Le rôle de la norme internationale pénalement effective est d'écarter l'application de la norme interne contraire. La norme internationale ne fournit pas, par ailleurs, une prescription différente. Son rôle s'arrête avec la mise en écart de la loi interne, ce qui distingue cette technique de celle du remplacement. Pour employer la technique d'exclusion, il faut bien évidemment qu'il existe entre les deux normes « *un champ commun d'application conditionnant leur rencontre et donc leur éventuelle confrontation* »[1661]. De manière générale, les normes internationales pénalement effectives dans cette hypothèse sont des droits conventionnels qui déclenchent des restrictions au droit national de punir. Cependant, il est important de noter que, quand le juge pénal applique cette technique, la loi « écartée » n'est pas touchée :

> « La mise à l'écart de la disposition législative est limitée à l'espèce où l'incompatibilité avec une norme internationale est décelée, mais cette disposition législative n'est pas, pour autant, annulée, et son application est tout simplement suspendue dans le litige en cause. »[1662]

**782.** L'emploi de cette technique d'application directe par le juge pénal est lié à une question constitutionnelle : quelle place est réservée aux conventions internationales dans la hiérarchie des normes ? À partir de la réponse à cette question, notre analyse est divisée en deux axes. En premier lieu, l'étude est centrée sur la technique d'exclusion dans le cas où les traités possèdent une autorité juridique supérieurs aux lois pénales internes (1). En deuxième lieu, l'interrogation porte sur l'hypothèse du même rang juridique conféré aux lois et aux traités (2).

### § 1. UNE RÈGLE NATIONALE D'AUTORITÉ JURIDIQUE INFÉRIEURE

**783.** Dans cette hypothèse, le juge pénal se fonde sur une logique hiérarchique inhérente à la primauté des conventions internationales dans l'ordre juridique interne. L'élément temporel n'a aucune influence sur l'emploi de la technique d'exclusion. Ainsi, peu importe que la convention internationale soit ratifiée et publiée antérieurement ou postérieurement à la norme interne. En droit français, cette hypothèse est connue comme le contrôle de la conventionnalité des lois (A). Il revient aux juridictions répressives de faire respecter la primauté des traités en écartant les normes pénales internes qui leur sont contraires. Un

---

1661 LACHAUME Jean-François, *op. cit.*, n° 135. V. dans le même sens, Cass. Civ. (Egy), 10 mai 1966, Req. n° 303, année judiciaire 31, consulté sur : *eastlaws.com*.

1662 LACHAUME Jean-François, *op. cit.*, n° 116.

scénario semblable existe également en droit américain. La Constitution a prévu la « suprématie » des traités sur les Constitutions et les lois des États fédérés (B).

### A. Le contrôle de conventionnalité en droit pénal français

**784.** L'article 55 de la Constitution du 4 octobre 1958 affirme que les conventions internationales régulièrement ratifiées ou approuvées ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois[1663]. « *La primauté affirmée par l'article 55 doit être considérée comme de nature fonctionnelle, en ce sens qu'elle permet de résoudre les difficultés rencontrées par le juge dans la solution d'un litige lorsqu'il se heurte à une contrariété et, en tout cas, à une incompatibilité entre la disposition d'un traité ou d'un accord international et la législation française* »[1664].

**785.** Dans sa décision du 15 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de grossesse, le Conseil Constitutionnel a indiqué de façon catégorique qu'il ne possède pas compétence pour assurer le respect de la primauté des conventions internationales sur les lois internes. « *Le contrôle du respect du principe énoncé à l'article 55 de la Constitution ne saurait s'exercer dans le cadre de l'examen prévu à l'article 61, en raison de la différence de nature de ces deux contrôles* »[1665]. C'est ainsi que la Cour de cassation, dans l'arrêt Jacques Vabre, s'approprie ce contrôle de conventionnalité, assurant la primauté du traité même lorsqu'il est antérieur à la loi[1666]. La Chambre criminelle fait ainsi référence au « *principe de l'autorité supérieure, par rapport à la loi interne, de la Convention* »[1667].

**786.** Quand le juge pénal constate l'incompatibilité d'une loi nationale avec une norme internationale pénalement effective, il est tenu d'écarter le premier au profit de la seconde. Par cette méthode, les juridictions pénales françaises peuvent exclure une incrimination nationale (1), une sanction du droit interne (2) ou une règle de compétence nationale (3). Tel que précisé précédemment, la loi écartée n'est pas invalidée ou abrogée, mais « *son application est tout simplement suspendue dans le litige en cause* »[1668].

---

1663 Selon la Chambre criminelle, « l'article 55 de la Constitution du 4 octobre 1958 […] a repris les prescriptions des articles 26 et 28 de la Constitution du 27 octobre 1946 » ; Cass. Crim., 3 décembre 1969, *B.* n° 325.

1664 LACHAUME Jean-François, *op. cit.*, n° 116.

1665 Cons. Const., 15 janvier 1975, n° 74-54 DC, *Recueil* p. 19.

1666 Cass, Ch. Mixte, 24 mai 1975, *Société des Cafés Jacques Vabre*, D., 1975, p. 497. Se pose la question de savoir comment concilier le contrôle de constitutionnalité exercé par le Conseil constitutionnel et le contrôle de conventionnalité opéré par le juge pénal. « La réponse est simple : les deux contrôles sont indépendants. Le Conseil constitutionnel n'est pas lié par la décision du juge ordinaire quel qu'en soit le sens. Il peut déclarer non conforme à la Constitution une disposition estimée conforme aux normes conventionnelles par le juge pénal et inversement juger conforme à la Constitution une disposition dont le juge pénal aurait écarté l'application en raison de son inconventionnalité. À l'inverse le juge ordinaire n'est pas lié par la décision du Conseil », sauf pour le cas des dispositions invalidées. V. DESPORTES Frédéric et LAZERGES-COUSQUER Laurence, *op. cit.*, p. 75. Cf. DE LAMY Bertrand, « Quand un impossible contrôle de constitutionnalité exclut un nécessaire contrôle de conventionalité », *RSC* 2009, p. 162-166.

1667 Cass. Crim., 17 octobre 1988, *B.* n° 347, p. 934.

1668 LACHAUME Jean-François, *op. cit.*, n° 116.

## 1. L'exclusion d'une incrimination nationale

**787. Séjour irrégulier.** Une norme internationale pénalement effective peut écarter une infraction nationale. Un ressortissant algérien a été poursuivi pour chef de séjour sur le territoire français sans être en possession d'un certificat de résidence, contravention de police institué par l'article 27 du décret n° 58-1303 du 23 décembre 1958[1669]. Pour relaxer le prévenu, la cour d'appel d'Aix-en-Provence s'appuie sur l'accord du 27 décembre 1968 entre la France et l'Algérie relatif à la circulation, à l'emploi et au séjour en France des ressortissants algériens et de leurs familles. Elle précise que « *la convention franco-algérienne déroge aux dispositions de l'ordonnance imposant aux étrangers la possession du titre " carte de séjour " et partant aux dispositions subséquentes sanctionnant pénalement cette obligation* »[1670]. La Chambre criminelle cimente la solution des juges du fond, affirmant le « *régime spécifique privilégié* »[1671] institué par ladite convention en faveur des ressortissants algériens.

**788. Entrave à interruption volontaire de grossesse.** De la même manière, la Chambre criminelle a accueilli un moyen de contestation du chef d'entrave à interruption volontaire de grossesse qui s'appuie sur la Convention de New York relative aux droits de l'enfant. Dans son article 6, cette dernière reconnaît que « *tout enfant a un droit inhérent à la vie* ». Sur le fondement de ce texte, des personnes qui ont paralysé un bloc opératoire ont essayé de se défendre du délit d'entrave. Cela étant, la Chambre criminelle a jugé que les « *dispositions pénales* » de l'article L. 162-15 du Code de la santé publique ne sont pas « *incompatibles* » avec le texte conventionnel[1672].

## 2. L'exclusion d'une sanction du droit interne

De la même manière, le traité peut exclure l'application d'une sanction du droit interne.

**789. Peines accessoires : la dégradation militaire.** L'ancien code de justice militaire prévoyait que « *la dégradation militaire est une peine accessoire aux peines criminelles prononcées contre un militaire en*

---

1669 « L'étranger qui, sans excuse valable, aura omis de solliciter dans les délais réglementaires, la délivrance d'une carte de séjour, sera puni d'un emprisonnement de dix jours à deux mois [*durée*] et d'une amende de 400 F à 2000 F.

Il en sera de même pour l'étranger autre qu'un ressortissant de la Communauté économique européenne qui aura omis, sans excuse valable, de solliciter dans les délais prescrits un certificat de résidence ou tout autre document exigé de lui en vertu soit des dispositions législatives ou réglementaires, soit de traités ou accords internationaux, pour résider régulièrement en France ».

1670 Cass. Crim., 1er mars 1973, *B.* n° 107, p. 255.

1671 *Ibid.*

1672 Cass. Crim., 27 novembre 1996, *B.* n° 431, p. 1245. Pour un autre arrêt où est rejeté l'argument d'inconventionnalité d'une loi pénale, V. Cass. Crim., 25 septembre 2012, *Droit pénal* n° 1, janvier 2013, comm. 10, note ROBERT : « l'application qui a été faite en l'espèce de l'article 8 de la loi du 5 juillet 1983 n'est pas contraire aux exigences de la Convention Marpol ». Pour une analyse détaillée de la question de conventionnalité en cette affaire, V. MONTAS Arnaud et ROUSSEL Gildas, « Les principaux apports de la décision de la Cour de cassation dans l'affaire *Erika* », *AJ Pénal*, 2012, p. 574-577.

*vertu des lois pénales ordinaires ou du présent Code. La dégradation militaire est toujours la conséquence de la dégradation civique* ».

Pour chefs de coups et blessures qualifiés, un prisonnier de guerre allemand a été condamné par le tribunal militaire d'Angers à la peine de six ans de réclusion et à la dégradation militaire. Or, la France a ratifié la Convention de Genève du 27 juillet 1929 relative au traitement des prisonniers de guerre. Selon l'article 49 de ce traité, « *aucun prisonnier de guerre ne peut être privé de son grade par la Puissance détentrice* ». S'appuyant sur cette disposition, la Chambre criminelle juge « *qu'en prononçant cette dernière peine contre un militaire d'une armée étrangère, prisonnier de guerre, le tribunal maritime a violé l'article de la Convention diplomatique visé au moyen* »[1673].

**790. Peines complémentaires : l'interdiction professionnelle.** L'interdiction d'exercer une activité professionnelle ou sociale est une peine privative de droits. Elle peut être prononcée « *soit à titre de peine de substitution à l'emprisonnement ou à l'amende en matière correctionnelle (art. 131-6, 11°, 131-7 du C. pén.), soit à titre de peine complémentaire en matière criminelle et correctionnelle* »[1674].

Dans une affaire d'homicides et blessures involontaires et d'infractions à la réglementation de travail dans les transports routiers, la Chambre correctionnelle de Nîmes a prononcé des peines principales d'emprisonnement et d'amende et une peine complémentaire d'interdiction professionnelle. Les prévenus contestent cette dernière en invoquant le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels. L'article 6-1 du Pacte consacre le droit de gagner sa vie par un travail librement choisi. L'interdiction professionnelle serait ainsi contraire à ce droit conventionnel. Il est vrai que la Chambre criminelle ne valide pas ce raisonnement, mais elle prend le soin de préciser que la peine complémentaire n'est pas contraire « *aux dispositions conventionnelles invoquées* »[1675].

## 3. L'exclusion d'une règle de compétence nationale

**791.** En dernière hypothèse, un traité peut mettre à l'écart une norme de procédure pénale. Pour infraction à la législation sur les stupéfiants, commise en France, une personne a été condamnée à douze ans d'emprisonnement et à des pénalités douanières. Un pourvoi dans l'intérêt de la loi et du condamné est formé par le Procureur général près de la Cour de cassation. Le pourvoi invoque la Convention unique sur les stupéfiants signée à New York le 30 mars 1961. Son article 36-2-a-iv est rédigé ainsi :

> « Les infractions graves précitées, qu'elles soient commises par des nationaux ou des étrangers, seront poursuivies par la Partie sur le territoire de laquelle l'infraction a été commise, ou par la Partie sur le territoire de laquelle le délinquant se trouvera si son extradition n'est pas acceptable

1673 Cass. Crim., 29 juin 1954, *B.* n° 238 ; *RSC* 1955, n° 1, p. 108, chr. HUGUENEY.

1674 DESPORTES Frédéric et LE GUNEHEC Francis, *op. cit.*, p. 713.

1675 Cass. Crim., 25 septembre 2001, n° 00-83775, Inédit, consulté sur : *legifrance.gouv.fr*. V. également, Cass. Crim., 17 mai 2000, n° 99-86606, Inédit ; 30 janvier 2001, n° 00-82341 ; consultés sur : *legifrance.gouv.fr*.

conformément à la législation de la Partie à laquelle la demande est adressée, et si ledit délinquant n'a pas été déjà poursuivi et jugé ».

**792.** La Chambre criminelle considère que cet article déroge au principe de droit interne français « *de la compétence des lois et tribunaux français pour des infractions commises sur le territoire national* »[1676]. Elle relève que le prévenu a été appréhendé par les autorités syriennes. Celles-ci n'ont pas donné suite à une demande d'extradition française et elles ont poursuivi le prévenu, pour les mêmes faits, devant les juridictions syriennes. Ainsi, les juges du fond ont violé ladite convention, cette dernière écartant l'application de la loi pénale française.

**793.** Dans la même ligne, les immunités de juridiction conventionnelles suspendent les règles de compétence pénale. Lors d'une enquête interne, une administratrice de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) a porté des accusations de menaces de mort et de harcèlement sexuel et moral à l'encontre d'un fonctionnaire de l'organisation. Ce dernier fait alors citer l'administratrice devant la Cour d'appel de Paris, notamment du chef de dénonciation calomnieuse. Le tribunal correctionnel déclare recevable l'action civile du fonctionnaire. Devant la Chambre criminelle, la prévenue invoque deux conventions relatives à l'OCDE et leurs protocoles. En vertu de l'une de ces dispositions, « *les fonctionnaires de l'Organisation […] jouiront de l'immunité de juridiction pour les actes accomplis par eux en leur qualité officielle* »[1677]. Par conséquent, la Chambre criminelle censure les juges du fond pour avoir déclaré recevable l'action de la partie civile[1678]. La compétence des juridictions françaises est écartée dans le cas d'espèce par le droit conventionnel.

**794.** Nous rapportons succinctement un dernier arrêt pour ses choix sémantiques.

> « Est *exclu*, pour les victimes d'un accident d'aéronef, le recours aux tribunaux répressifs français en vue d'obtenir du transporteur la réparation du préjudice dont elles ont souffert ; que pour en avoir décidé autrement, en faisant prévaloir les règles du droit interne sur celles de la convention internationale, l'arrêt encourt la cassation. »[1679]

### B. Les lois des États fédérés en droit pénal américain

**795. La suprématie des traités.** Selon la clause de suprématie de la Constitution américaine, « *les traités déjà conclus, ou qui le seront, sous l'autorité des États-Unis, seront la loi suprême du pays ; et les juges dans chaque État seront liés par les susdits, nonobstant toute disposition contraire de la Constitution ou des lois de l'un quelconque des États* ». Les Pères Fondateurs ont ainsi posé une hiérarchisation claire entre traités et lois étatiques, conférant aux premiers une primauté sur les seconds. Sur ce

---

1676 Cass. Crim. 13 décembre 1983, *B.* n° 340.

1677 Il s'agit de l'article 14 du Protocole additionnel n° 1 à la Convention de coopération économique européenne du 16 avril 1948. Cette disposition est rendue applicable aux fonctionnaires de l'OCDE par le Protocole additionnel n° 2 à la Convention de Paris du 14 décembre 1960.

1678 Cass. Crim., 6 septembre 2006, *B.* n° 209, p. 738 ; *AJ Pénal* 2006, p. 502, note SAAS ; *RSC* 2007, p. 117, note GIUDICELLI.

1679 Cass. Crim., 3 décembre 1969, *B.* n° 325.

point, la Constitution américaine s'apparente à son homologue français. Le texte constitutionnel s'adresse aux juges des États fédérés, mais son discours concerne également les juges fédéraux.

Par conséquent, le juge pénal américain est tenu d'écarter toute loi pénale locale qui soit contraire à une convention internationale valide et pénalement effective. La résolution du conflit au profit du traité fait l'objet d'un consensus doctrinal[1680].

**796. Cour suprême fédérale.** Cette compréhension a été confirmée dans la jurisprudence de la Cour suprême fédérale. Depuis ces premières années, la Cour insiste que « *toutes les lois étatiques, et même les constitutions étatiques* »[1681] doivent respecter les traités ratifiés par les États-Unis. Plus récemment, dans *United States v. Pink*, les juges suprêmes déclarent que « *la loi étatique doit se plier lorsqu'elle est incompatible avec […] les dispositions d'un traité ou d'un accord ou pacte international* »[1682]. Par application de ce principe, la Cour suprême a accueilli un moyen dans lequel était invoqué l'incompatibilité d'une loi pénale étatique, interdisant aux étrangers le port d'armes pour les fins de chasse, avec une convention antérieure garantissant aux expatriés italiens « *les mêmes droits et privilèges* » que les citoyens locaux[1683]. La Cour a conclu à l'absence de tension entre les deux textes juridiques. Toutefois, cet arrêt de rejet représente un exemple pertinent de la possible utilisation de la technique d'exclusion d'une loi pénale locale par une norme internationale.

**797. Cours locales.** Le même principe est accepté par le juge pénal dans les États fédérés qui doit mettre en sommeil la loi locale quand elle est contraire à un traité ratifié par le pouvoir fédéral. À titre d'exemple, un citoyen vénézuélien a été arrêté dans son pays et extradé vers les États-Unis où il est poursuivi pour meurtre. La Cour suprême de l'État de Californie le condamne à la réclusion criminelle à perpétuité en application de l'article 12022.5 (a) du code pénal local. Or, la convention d'extradition entre les deux États précise que l'extradition peut être refusée pour les crimes punis par la peine de mort et par la perpétuité. Toutefois, l'État requis peut accorder l'extradition si l'État requérant garantit que ces peines ne seront pas infligées (art. 4). Sur le fondement de cette disposition, une Cour d'appel fédérale considère que la

---

1680 BRADLEY Curtis, *International Law in the U.S. legal system*, *op. cit.*, p. 52: « The Constitution states that both federal statutes and treaties are part of the supreme law of the land *and thus preempt inconsistent state law* ». SLOSS David, *The role of domestic courts in treaty enforcement*, *op. cit.*, p. 509: « In the U.S. constitutional system, there is an established hierarchy among different types of law. […] Treaties rank higher than state laws; therefore, any conflict between a treaty and a state law is resolved in favor of the treaty ». KU Julian, « Treaties as laws: a defense of the last-in-time rule for treaties and federal statutes », 80 Ind. L.J. 319, 334 (2005): « This subordination of state law to treaties has never been seriously disputed ».

1681 *Ware v. Hylton*, 3 U.S. 199 (1796).

1682 *United States v. Pink*, 315 U.S. 203 (1942).

1683 *Patsone v. Pennsylvania*, 232 U.S. 138 (1914). Pour un arrêt de cassation (non-pénal) sur la base de ces principes, V. *Oyama v. State of California*, 332 U.S. 633 (1948).

condamnation de l'extradé à la perpétuité viole le traité et elle écarte l'application de la loi pénale de l'État fédéré[1684].

De même, l'article 7 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques a été invoqué pour contester les procédures liées à la peine de mort devant la Cour suprême de la Caroline du Nord. Tout en admettant la primauté des traités sur les lois étatiques, la juridiction locale ne relève pas d'incompatibilité dans le cas d'espèce[1685].

## § 2. UNE RÈGLE NATIONALE D'AUTORITÉ JURIDIQUE ÉGALE

**798.** Dans cette hypothèse, la constitution nationale place les traités et les lois nationales sur un même pied d'égalité, sans hiérarchisation. En l'absence de directive de la part du constituant, il revient alors au juge pénal de résoudre le conflit entre ces différentes sources de droit pénal. Le principe *lex posterior derogat priori* semble être privilégié comme solution. L'équivalence constitutionnelle entre lois et traités est présente en droit égyptien (A) et en droit américain (B).

### A. EN DROIT ÉGYPTIEN

**799.** Le législateur égyptien choisit parfois de donner une priorité d'application pour les conventions internationales sur la loi interne. Cette priorité ne change pas la hiérarchie des normes. Elle ne donne pas aux traités une autorité supra-législative. La loi interne consolide simplement les traités antérieurs ratifiés dans le même domaine juridique et leur accorde une priorité d'application. À titre d'exemple, l'article 301 du Code de procédure civile précise qu'il « *ne porte pas atteinte aux conventions internationales auxquelles l'Égypte est partie* »[1686]. Une formulation quasi-identique figure à l'article 22 de la loi n° 160-2000 relative aux douanes[1687] et l'article premier de la loi n° 27-1994 relative à l'arbitrage en matière civile et commerciale[1688]. L'article 88 du Code de commerce détermine que les ventes commerciales internationales sont régies par les traités les concernant. La Cour de cassation a censuré des juges du fond ayant faussement appliqué une norme interne à la place d'une disposition conventionnelle en la

1684 *Benitez v. Garcia*, 449 F.3d 971 (9th Cir. 2006).

1685 *State v. Smith*, 352 N.C. 531 (N.C. 2000).

1686 Cass. Civ. (Egy), 14 mai 2005, Req. n° 200, année judiciaire 66 ; 10 janvier 2005, Req. n° 966, année judiciaire 73, consultés sur : *cc.gov.eg*. Ce dernier arrêt précise que l*a priori*té d'application est conférée aux conventions internationales, peu importe que « la loi interne soit antérieure ou postérieure ». Pour des exemples d'arrêts de cassation sur le fondement de l'article 301, V. Cass. Civ. (Egy), 15 novembre 2001, Req. n° 5039, année judiciaire 70 ; 11 avril 2000, Req. n° 1810, année judiciaire 69, consultés sur : *cc.gov.eg*.

1687 Cass. Civ. (Egy), 27 février 2014, Req. n° 20952, année judiciaire 77, consulté sur : *cc.gov.eg*.

1688 Cass. Com. (Egy), 23 février 2010, Req. n° 913, année judiciaire 73, consulté sur : *cc.gov.eg*.

matière[1689]. Quand le juge écarte la loi interne dans les cas précédents, il répond à une directive adressée par le législateur donnant priorité à la norme internationale.

**800.** Certains auteurs égyptiens ont prétendu que le droit égyptien connaît ainsi un principe général de priorité des normes internationales sur la loi interne[1690]. Cependant, il faut noter l'absence d'équivalent de ces dispositions de priorité en droit pénal. Le texte pertinent reste alors l'article 151 de la Constitution qui confère aux traités valides « la force de loi ». Pour la doctrine pénaliste, le conflit traité-loi est résolu par l'adage *lex posterior derogat priori*[1691]. Les deux sources de droit pénal situées au même rang juridique, c'est l'élément temporel qui détermine l*a priori*té de l'application en cas de conflit réel.

**801.** À partir de cette présentation, il nous semble que, en règle générale, la norme internationale peut écarter la loi pénale interne lorsqu'elle est postérieure à cette dernière (1). Néanmoins, l'exigence de la postériorité de la convention internationale doit être révisée au regard de l'article 93 de la nouvelle Constitution de 2014 (2). Cette disposition, inédite dans l'histoire constitutionnelle égyptienne, pose une obligation générale de respect des traités relatifs aux droits de l'homme.

## 1. L'exclusion de la loi pénale par une convention postérieure

Pour pouvoir écarter une loi pénale contraire, la norme internationale pénalement effective doit être plus récente.

**802. Loi pénale de forme.** À titre d'exemple, l'accord de statut des forces arabes du 11 septembre 1965, conclu dans le cadre de la Ligue arabe, modifie dans son article 5 les règles de compétence territoriale en matière pénale. La Haute Cour constitutionnelle accepte qu'une disposition conventionnelle puisse écarter la compétence du juge pénal sur le territoire duquel l'infraction a été commise[1692]. Cette compétence revient aux juridictions répressives de l'État « accréditant », sauf pour les infractions commises contre la sûreté de l'État « accréditaire ».

**803. Loi pénale de fond.** L'affaire de grève des conducteurs de la société des chemins de fer[1693] offre l'illustration la plus intéressante de la pratique du juge pénal égyptien par rapport à cette technique d'application directe. À l'époque des faits, la grève des fonctionnaires publics constituait un délit assorti d'emprisonnement et d'amende en vertu de l'article 124 du code pénal égyptien. La défense avait soulevé un moyen fondé sur l'article 8 du Pacte international

---

1689 Cass. Com. (Egy), 11 avril 2006, Req. n° 979, année judiciaire 73, consulté sur : *cc.gov.eg*.

1690 ELGADDAR Saïd, *Dawr al-qadi al-watani fi tatbiq wa-tafsir qawa'ed al-qanoun al-dawli al'am [Le rôle du juge national dans l'application et l'interprétation des règles de droit international public]*, Thèse, Université d'Alexandrie, 1992, p. 237.

1691 ABDELKARIM Mustafa, *op. cit.*, p. 343 et s.; ELKAHWAGY Aly, *op. cit.*, p. 90.

1692 Cette disposition conventionnelle a été discutée par la Haute Cour constitutionnelle. V. HCC (Egy), 21 janvier 1984, Req. n° 48, année judiciaire 4, consulté sur : *sccourt.gov.eg*.

1693 Cour de sûreté de l'État-Urgence (Egy), 16 avril 1987, Req. n° 4190, année 86, consulté sur : *eastlaws.com*. Pour une analyse détaillée, V. ELKAHWAGY Aly, *op. cit.*, p. 33 et s.

relatif aux droits économiques, sociaux et culturels. Cette disposition annonce que « *les États parties au présent Pacte s'engagent à assurer […] le droit de grève, exercé conformément aux lois de chaque pays* ».

Le moyen est accepté par la juridiction répressive. Il est noté que le droit conventionnel de grève doit être organisé par le législateur « *et ne peut être absolument interdit* »[1694]. Ainsi, l'infraction nationale doit être écartée au profit de la convention internationale. Les juges sont même allés plus loin en considérant que l'incrimination nationale antérieure a été tacitement abrogée par le traité postérieur[1695]. Le traité et la loi ont la même force juridique ; ils possèdent un champ commun d'application. Ainsi, la convention postérieure abroge la loi antérieure en vertu de l'article 2 du Code civil[1696]. Dans tous les cas, l'infraction nationale antérieure a été écartée par la norme conventionnelle plus récente.

## 2. L'interrogation sur l'effet de l'article 93 de la nouvelle Constitution 2014

**804.** La vraie nouveauté de la Constitution égyptienne de 2014 s'affiche à l'article 93. Selon cette disposition, l'État s'engage à respecter les traités, accords et conventions internationales relatifs aux droits de l'homme ratifiés par l'Égypte. Ces derniers ont force de loi après leur publication. À première vue, une interprétation qui place les conventions des droits de l'homme, spécifiquement, dans un ordre hiérarchique supérieur aux lois nationales ne sera pas dyslexique, mais la formule de « *force de loi* » qui suit, laisse le regard errer.

**805.** Les mots ont un sens. Pour que l'article 93 ne soit pas une simple redondance de l'article 151, il faut lui trouver un effet différent de ce dernier. À notre avis, l'article 93 consacre une priorité d'application des conventions de droits de l'homme sur les lois internes, même si les premières sont antérieures aux secondes. En cela, il s'inspire des dispositions de priorité déjà présente en droit égyptien. Ainsi, nous croyons que le juge pénal est tenu de donner à cette disposition toute sa force en écartant, le cas échéant, une norme pénale qui serait contraire à une norme internationale de droits de l'homme, spécifiquement. L'élément temporel n'a aucune importance dans ce domaine. Un droit conventionnel antérieur peut exclure une loi pénale postérieure.

**806. Les graines semées par le juge constitutionnel.** La pratique de la Haute Cour constitutionnelle doit déterminer l'effet précis de ce nouveau texte sur le sujet d'étude. Il nous

---

1694 *Ibid.*

1695 *Ibid.*

1696 Nous sommes plutôt de l'opinion de la mise en sommeil de la loi postérieure qui est simplement écartée et non pas abrogée. Admettre le contraire revient à dire qu'une loi postérieure peut abroger une convention internationale antérieure. V. ELKAHWAGY Aly, *op. cit.*, p. 70. Cette opinion s'inspire de la doctrine française et de la jurisprudence française. V. RASSAT Michèle-Laure, *op. cit.*, p. 151. Par rapport à la jurisprudence pénale, V. Cass. Crim., 22 octobre 1970, *B.* n° 276, p. 657 : « C'est par l'exacte application de l'article 55 de la constitution que les juges d'appel ont estime ne pas devoir faire application aux vins importés, des dispositions de l'article 4 du Code du vin ».

semble que la Haute Cour a récemment adopté une vision qui conforte notre compréhension. La juridiction suprême a analysé la possibilité de l'exclusion d'une incrimination nationale par une norme internationale de droits de l'homme. L'article 341 du Code pénal égyptien sanctionne l'abus de confiance, commis au préjudice d'autrui, par l'emprisonnement. Un prévenu demande à la Haute Cour de déclarer la non-conformité de cette infraction à l'article 11 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Le texte international apprend que « *nul ne peut être emprisonné pour la seule raison qu'il n'est pas en mesure d'exécuter une obligation contractuelle* ». La Haute Cour conclut à l'absence de tension entre les deux dispositions, du moment que l'incrimination nationale nécessite un dol spécial de préjudice à autrui, et non pas le simple manquement à l'obligation contractuelle[1697]. Pour justifier cette comparaison entre deux textes du même rang juridiction (traité et loi), la Cour fait référence à l'article 93 de la Constitution. Ce raisonnement est apparu dans deux arrêts datant de 2015[1698].

**807.** Deux ans plus tard, la Haute Cour peaufine le raisonnement de 2015 dans une affaire de conformité de la peine d'emprisonnement prescrite pour l'infraction d'escroquerie (article 336 du Code pénal) avec le même article 11 du Pacte international. La juridiction a également conclu à l'absence de tension entre les deux textes. Toutefois, pour le faire, elle note que le respect des traités de droits de l'homme ratifiés par l'Égypte :

> « Est une obligation constitutionnelle en vertu de laquelle l'État est tenu de concilier ses engagements découlant de ces conventions avec son droit interne, de sorte que le manquement de l'État ou son laxisme constitue une violation d'une obligation, contraire à la Constitution elle-même. »[1699]

**808.** À partir de cet édifice constitutionnel intéressant le droit pénal, nous nous permettons d'inférer des conséquences pour les juridictions répressives égyptiennes. Le juge pénal peut écarter une loi nationale contraire à un traité de droits de l'homme, que la loi soit antérieure ou postérieure à la ratification de l'instrument international par l'Égypte. Dans ce cas spécifique, le juge matérialise l'effectivité pénale du traité en écartant la norme interne contraire, sans se soucier de l'élément temporel.

### B. En droit américain

**809.** La Constitution américaine précise que les lois fédérales et les traités sont la « loi suprême du pays ». En revanche, elle ne détermine pas les solutions pour résoudre les conflits entre les

---

1697 HCC (Egy), 25 juillet 2015, Req. n° 116, année judiciaire 29 ; 9 mai 2015, Req. n° 22, année judiciaire 29, consultés sur : *sccourt.gov.eg*.

1698 *Ibid.*

1699 HCC (Egy), 14 janvier 2017, Req. n° 114, année judiciaire 29, consulté sur : *sccourt.gov.eg*. Plus récemment, la Haute Cour a confirmé cette méthode dans une affaire intéressant l'article 9 de la Convention internationale relative à l'élimination de toutes les formes de discrimination contre la femme. V. HCC (Egy), 6 avril 2019, Req. n° 131, année judiciaire 39, consulté sur : *sccourt.gov.eg*.

deux normes juridiques. Ainsi, il faudra bien délimiter le cas dans lequel le juge pénal américain peut utiliser la technique d'exclusion.

**810.** Dans *Edye v. Robertson*[1700], la Cour suprême fédérale a affirmé que la Constitution ne confère pas aux traités une primauté sur les lois fédérales. Ces derniers peuvent ainsi modifier les effets internes d'une convention internationale. Quelques années plus tard, la Cour peaufine sa conception, indiquant que « *le devoir des tribunaux est d'interpréter et d'appliquer la plus récente expression de la volonté souveraine* »[1701]. Cette méthode de résolution de conflit de normes est connue comme la *later-in-time rule*, ou la règle de la norme la plus récente. L'analyse démontre que la conception de la règle (1), ainsi que son application (2), sont loin d'être homogènes dans la jurisprudence pénale américaine.

## 1. Des conceptions hétérogènes de la later-in-time rule

**811.** L'analyse de la jurisprudence de la Cour suprême, ainsi que celle des juridictions fédérales inférieures, démontrent l'absence de consensus sur la logique de la *later-in-time rule* quand la loi est postérieure au traité. Deux conceptions de la règle ont été relevées : l'une flexible, l'autre rigide.

**812.** **La conception flexible.** La volonté du législateur est maîtresse. Selon cette conception, il faut chercher dans la loi fédérale postérieure une volonté de remplacer les normes internationales antérieures. À défaut de cette volonté claire et expresse, le traité antérieur préserve son effectivité pénale dans le cas d'espèce. Un auteur voit même dans l'intention originale des pères fondateurs une présomption de primauté des traités, sauf expression claire par le Congrès[1702].

Cette solution respectueuse des engagements internationaux a été forgée par la Cour suprême fédérale dans l'arrêt *Cook v. United States*[1703], confirmée dans *Weinberger v. Rossi*[1704] et reprise par les juridictions fédérales inférieures[1705]. Les débats parlementaires examinés par la

---

1700 *Edye v. Robertson*, 112 U.S. 580 (1884).

1701 *Whitney v Robertson*, 124 U.S. 190 (1888).

1702 PENNER Scott, « Changing the balance of power: why a treaty-trump presumption should replace the later-in-time rule when interpreting conflicting treaties and statutes », 34 *Hastings Const. L.Q.* 355 (2007).

1703 *Cook v. United States*, 288 U.S. 102 (1933): « A treaty will not be deemed to have been abrogated or modified by a later statute unless such purpose on the part of Congress has been clearly expressed, and here the contrary appears, in that the committee reports and the debates upon the Act of 1930, like the reenacted section itself, make no reference to the treaty ».

1704 *Weinberger v. Rossi*, 456 U.S. 25 (1982).

1705 *Roeder v. Islamic Republic of Iran*, 646 F.3d 56 (D.C. Cir. 2011). Dans cette affaire, le Congrès a promulgué en 2008 une loi fédérale qui permet d'intenter des procès contre les États étrangers accusés de parrainage du terrorisme. La cour fédérale d'appel a considéré que la loi ne fournit pas « l'expression claire de l'intention législative » nécessaire pour abroger les accords d'Alger (1981) conclus antérieurement avec l'Iran. V. également, *United States v Palestine Liberation Org.*, 695 F. Supp. 1456, 1465 (S.D.N.Y. 1988): « This court acknowledges the validity of the

… / …

Cour suprême ont démontré une volonté de préserver la convention antérieure. Le *Restatement (third) of Foreign Relations Law* codifie cette conception dans son § 135[1706].

**813. La conception rigide.** Selon la deuxième conception de la *later-in-time rule*, une loi pénale fédérale postérieure prime toujours sur un traité antérieur, peu importe l'intention du législateur. Cette vision rigide a été exprimée dans l'arrêt *Reid v. Covert* de la Cour suprême, précédemment étudié dans le cadre du contrôle de la validité substantielle des traités[1707]. Dans cette affaire, les juges précisent que :

> « À plusieurs reprises, cette Cour a adopté une position selon laquelle une loi du Congrès […] est en totale parité avec un traité. Ainsi, quand une loi fédérale plus récente est incompatible avec un traité, la loi rend ce dernier nul dans la mesure du conflit. »[1708]

**814.** Dans la même ligne, le *Restatement (Forth) of Foreign Relations Law*, la nouvelle codification de la pratique jurisprudentielle en matière de droit international, a également privé l'intention du législateur de tout effet dans le domaine du conflit des normes. Selon son § 105, « *en cas de conflit entre une disposition d'un traité auto-exécutoire et une loi fédérale, les tribunaux appliquent le plus récent* ». Toutefois, le code ne s'aligne pas sur la « radicalité » de l'arrêt Reid. L'alinéa 2 précise que le cas où une loi fédérale postérieure prime sur une convention antérieure n'influe pas sur les engagements des États-Unis au niveau international.

**815.** Il nous apparaît ainsi que la juridiction fédérale suprême n'est pas constante dans sa position relative à la règle de résolution du conflit entre traité et loi. Ses hésitations sont également apparentes au niveau de la pratique.

## 2. Une application différentielle de la règle

**816.** Si le principe fondamental en matière de conflit traité-loi donne prévalence à la dernière expression de la volonté du souverain, il nous semble que la pratique jurisprudentielle ne suit pas toujours cette directive. Dans la majorité des décisions étudiées, le juge pénal recherche effectivement la relation temporelle entre les deux textes juridiques (a). Cependant, il existe des cas minoritaires où les règles d'application de la loi pénale dans le temps n'ont pas été respectées par la Cour suprême fédérale (b).

---

government's position that Congress has the power to enact statutes abrogating prior treaties or international obligations entered into by the United States […] unless this power is clearly and unequivocally exercised ».

1706 « An act of Congress that is enacted after a rule of international law or an international agreement is in force for the United States supersedes an inconsistent provision of international law or agreement as law of the United States, if the purpose of Congress to supersede the earlier provision is clearly expressed ».

1707 V. *supra* n° 190.

1708 *Reid v. Covert*, 354 U.S. 1 (1957).

*a. L'élément temporel recherché*

**817.** De manière général, quand les juridictions fédérales recherchent l'élément temporel, c'est dans le but de faire primer une loi fédérale postérieure sur un traité antérieur[1709] (i). Toutefois, il est admis qu'une convention internationale plus récente puisse écarter une loi fédérale plus ancienne (ii). C'est dans ce dernier contexte que la technique d'exclusion est employée pour matérialiser l'effectivité pénale de la convention.

**i. La primauté de la loi pénale postérieure**

**818.** Le juge pénal américain respecte la dernière volonté du souverain. À bord d'un vol de Copenhague à New York, mi-chemin au-dessus de l'Atlantique, un voyageur roumain des Scandinavian Airlines a sexuellement agressé une fillette norvégienne de neuf ans en lui imposant des attouchements. Prima facie, les juridictions pénales américaines ne sont pas compétentes dans le cas d'espèce. La victime, l'aéronef et l'agresseur ne sont pas de la nationalité des États-Unis et on est loin de l'espace aérien américain. Toutefois, le voyageur roumain a été poursuivi pour agression sexuelle devant une Cour fédérale de New York.

**819.** De manière générale, la compétence pour poursuivre les infractions commises à bord appartient à l'État d'immatriculation, l'aéronef étant un espace assimilé au territoire national. Cela étant, la Convention de Tokyo du 14 septembre 1963, relative aux infractions et à certains autres actes survenant à bord des aéronefs, prévoit des exceptions à cette règle générale de compétence pénale. L'article 4 du traité énumère cinq cas dans lesquels « *un État contractant qui n'est pas l'État d'immatriculation* » peut exercer sa compétence pénale à l'égard d'une infraction commise à bord :

> « a) cette infraction a produit effet sur le territoire dudit État;
>
> b) cette infraction a été commise par ou contre un ressortissant dudit État ou une personne y ayant sa résidence permanente ;
>
> c) cette infraction compromet la sécurité dudit État ;
>
> d) cette infraction constitue une violation des règles ou règlements relatifs au vol ou à la manœuvre des aéronefs en vigueur dans ledit État ;
>
> e) l'exercice de cette compétence est nécessaire pour assurer le respect d'une obligation qui incombe audit État en vertu d'un accord international multilatéral ».

La défense invoque cette disposition conventionnelle pour justifier l'incompétence de la Cour, le comportement de l'accusé n'étant pas prévu dans les cinq exceptions à la compétence originelle de l'État d'immatriculation. Néanmoins, le juge américain s'appuie sur un critère d'extraterritorialité pénale consacré par une loi fédérale. Après la ratification de ladite

1709 BRADLEY Curtis, *International Law in the U.S. legal system*, *op. cit.*, p. 53: « When there is a conflict between a self-executing treaty and a federal statute, U.S. courts are to apply whichever is last in time. When the Court has applied this rule, it has generally been in the context of giving effect to a statute that is inconsistent with an earlier treaty ».

convention, le Congrès américain a mis en place une « *special aircraft jurisdiction of the United States* », une compétence spéciale à bord des aéronefs. Cette norme procédurale permet aux juridictions américaines de poursuivre des infractions à bord, sans rattachement classique de compétence, si deux conditions sont réunies. La première crée un lien géographique avec le territoire en exigeant que l'aéronef ait les États-Unis comme destination et qu'il y atterrit effectivement. La deuxième condition s'intéresse à la nature de l'infraction. Entre autres, la compétence pénale spéciale est admise en cas de meurtre, de vol et d'infractions sexuelles.

**820.** Ainsi, quand la défense demande l'exclusion de la compétence pénale spéciale par l'effet de la Convention, la Cour fédérale de New York ne mâche pas ses mots. Celle-ci affirme que « *même si l'exercice de compétence est contraire au droit international, ceci n'affecte pas la validité et la primauté de la législation nationale. […] En cas de conflit irréconciliable, les tribunaux sont tenus d'appliquer la loi nationale postérieure* »[1710]. Ainsi, la Cour donne effet à la dernière expression de la volonté du souverain. Kate Enroth s'inquiète des conséquences de ce régime procédural sur la charge de travail de la justice pénale fédérale et les effets néfastes de la jurisprudence *Georgescu* sur les relations diplomatiques avec les autres nations[1711]. À la place, elle propose de renforcer la coopération internationale en matière d'extradition pour empêcher une concurrence de compétence[1712].

**ii. La primauté du traité postérieur**

**821.** Quand la convention internationale est plus récente, le juge pénal américain lui donne son plein effet en écartant la loi pénale contraire. Un citoyen américain a été arrêté et poursuivi en Russie pour l'infraction de pêche illégale de crabes. En vertu du traité du 17 juin 1999 relatif à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les deux États, le gouvernement russe transmet une demande de commission rogatoire internationale à son homologue américain. L'autorité américaine compétente adresse alors à la compagnie, dont le prévenu est président, une injonction de produire certains documents pour aider l'enquête russe. C'est la contestation de cette injonction qui est discutée devant la Cour fédéral d'appel du neuvième Circuit. Pour la défense, l'autorité compétente doit respecter les prescriptions du § 1782 du titre 28 du Code fédéral qui organise les demandes d'aide judiciaire adressée par les tribunaux étrangers. Cette disposition pose certaines garanties en la matière, absentes du texte du traité. Toutefois, la

---

1710 *United States v. Georgescu*, 723 F. Supp. 912 (E.D.N.Y. 1989): « Even if Congress's criminalization of defendant's alleged acts and its exercise of jurisdiction were counter to international law, this fact does not lessen the validity of the statutes as superseding domestic legislation ». V. également, *Breard v. Greene*, *op. cit.* Dans cette dernière affaire, la Cour suprême explique que le Congrès a promulgué *The Antiterrorism and Effective Death Penalty Act* après la ratification de la Convention de Vienne sur les relations consulaires. Cette loi fédérale précise qu'un requérant de *habeas corpus*, détenu en violation « des traités des États-Unis », doit développer les fondements factuels de cette violation devant le tribunal local avant de voir sa requête acceptée par une Cour fédérale. Ainsi, « la possibilité pour Breard d'obtenir sa libération, sur le fondement des violations de la Convention de Vienne, est soumise à cette règle postérieure ».

1711 ENROTH Kate, « *United States v. Georgescu*: Special aircraft jurisdiction in the United States », 18 *Brook. J. Int'l L.* 225, 241 (1992).

1712 *Ibid.*, p. 248.

Cour fédérale n'admet pas ce moyen. Une convention internationale valide et pénalement effective « *est sur un même pied d'égalité qu'une loi fédérale* » et par conséquent, elle « *prime sur la loi antérieure* »[1713].

### *b. L'élément temporel ignoré*

**822.** Comme dans le cas de la question du renvoi à l'interprétation de l'exécutif[1714], l'arrêt *Hamdan v. Rumsfeld* représente également une anomalie dans la jurisprudence pénale de la Cour suprême fédérale dans le contexte de la technique d'exclusion. Alors que les juridictions américaines en général résolvent le conflit entre traité et loi au profit de la norme la plus récente, les juges suprêmes ont adopté une solution différente dans le cas d'espèce.

Pour rappel, Salim Hamdan a voyagé de son pays natal, le Yémen, vers l'Afghanistan en 1996, pour devenir le chauffeur d'Osama bin Laden. Il est arrêté par les forces américaines en franchissant les frontières pakistanaises et il est renvoyé vers Guantanamo Bay. Une loi fédérale a été promulguée pour permettre aux commissions militaires spéciales de poursuivre et juger les membres d'Al-Qaïda.

Renvoyé devant ces instances, l'accusé Hamdan dépose une requête d'*habeas corpus* auprès de la Cour suprême pour contester la légalité des procédures devant cette commission sur le fondement de l'article 3 commun aux Conventions de Genève. La Cour suprême a considéré que les commissions militaires établies par Georges Bush étaient contraires à l'article 3 commun aux conventions qui exige qu'un jugement de condamnation soit « *rendu par un tribunal régulièrement constitué, assorti des garanties judiciaires reconnues comme indispensables par les peuples civilisés* »[1715]. Par conséquent, elle casse l'arrêt de la Cour fédérale inférieur ayant refusé à Hamdan sa requête d'*habeas corpus*.

**823.** Il est intéressant de noter que le *Military Commissions Act* a été promulgué en 2006, alors que les conventions de Genève datent de 1949. Ainsi, la Cour suprême fédérale a écarté une loi pénale interne par application d'une convention internationale antérieure. Aucune recherche de la temporalité de ces textes juridiques n'a été effectuée. C'est pour cette raison que l'arrêt *Hamdan* représente une mutation dans la jurisprudence pénale américaine relative à la *later-in-time rule*.

---

1713 *In re premises located at 840 140th Ave. NE, Bellevue, Wash.*, 634 F.3d 557 (9th Cir. 2011).

1714 V. *supra* n° 551.

1715 *Hamdan v. Rumsfeld*, 548 U.S. 557 (2006).

## SECTION II.
## REMPLACER LA NORME PÉNALE INTERNE

**824.** Par rapport à cette technique d'application directe, la convention internationale ne se limite pas à écarter l'application de la loi nationale mais elle se substitue à elle en donnant au juge pénal la solution du problème juridique. La norme internationale pénalement effective peut également fournir la solution juridique dans les cas qui n'ont pas été prévus par la loi nationale en se substituant à elle. Dans les deux cas, le traité international remplace la loi interne comme source de droit pénal.

**825.** Les cas de renvoi aux conventions internationales, déjà évoqués[1716], constituent des exemples de la technique de remplacement. Le juge puise l'élément matériel ou certains éléments de l'infraction directement dans le texte international qui remplace la loi interne. On peut citer, à titre d'exemple, les infractions liées à la pollution par hydrocarbures dans lesquelles le juge pénal comparé applique directement la norme internationale fournie par la Convention MARPOL. À titre d'exemple, le Code de l'environnement français définit des peines pour la violation de plus de douze règles de la Convention MARPOL[1717]. Pour l'application de ces dispositions, l'article L. 218-10 précise que la définition des rejets est celle figurant au 3 de l'article 2 de ladite convention[1718]. Le texte suivant punit d'amende le rejet « *en infraction aux dispositions des règles 15 et 34 de l'annexe I, relatives aux contrôles des rejets d'hydrocarbures, ou en infraction aux dispositions de la règle 13 de l'annexe II, relative aux contrôles des résidus de substances liquides nocives transportées en vrac* »[1719]. Des textes similaires ont été prévus en droit américain[1720] et en droit égyptien à propos de la pollution d'hydrocarbures[1721]. Le titre 49 du Code fédéral américain offre également une illustration de cette application directe. Dans l'une de ses dispositions, il

---

1716 V. *supra* n° 298.

1717 La Convention internationale pour la prévention de la pollution marine par les navires, élaborée par l'Organisation maritime internationale (IMO), a été adoptée le 2 novembre 1973. Selon les statistiques officielles, 156 États, représentant 99, 42% du tonnage mondiale, sont parties à la convention. V. l'état des conventions sur le site de l'IMO : *imo.org*.

1718 « Rejet, lorsqu'il se rapporte aux substances nuisibles ou aux effluents contenant de telles substances, désigne tout déversement provenant d'un navire, quelle qu'en soit la cause, et comprend tout écoulement, évacuation, épanchement, fuite, déchargement par pompage, émanation ou vidange ».

1719 Article L218-11. Commentant ce texte, certains auteurs sonnent le glas de son incompatibilité avec le principe de légalité en cas de révision ultérieure de la convention ; CLAVERIE-ROUSSET Charlotte, *op. cit.*, p. 2. Les circonstances aggravantes de cette infraction sont détaillées aux articles L218-12 et L218-13 et la peine encourue s'aggrave à 10 ans d'emprisonnement et 15 millions d'euros d'amende.

1720 La personne qui viole intentionnellement la Convention MARPOL commet un crime de la classe D, passible d'une peine d'emprisonnement comprise entre 5 à 10 ans et d'une amende.

1721 Le législateur égyptien interdit, dans l'article 50 de la loi n° 4 de 1994 concernant l'environnement, le rejet d'hydrocarbures tel que prévu dans le texte international, prévoyant dans l'article 93 une peine d'amende.

est interdit « *de commettre une infraction telle que définie par la Convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs* »[1722].

**826.** Dans tous ces cas, la convention internationale remplace le droit interne comme source de l'incrimination. Pour cette raison, l'emploi de cette technique nécessite une effectivité pénale plus importante que celle de la technique d'exclusion. Dans cette dernière hypothèse, la norme internationale invoquée est généralement un droit conventionnel justiciable qui pose des restrictions au droit de punir de l'État. Les droits conventionnels ne sont pas conditionnés par le même critère de précision recherchée dans les normes pénales classiques employées dans le cadre de la technique de remplacement[1723].

**827.** Au regard des intersections avec la technique d'exclusion, les développements dans cette section seront plus limités. Il est évident que les règles de conflit entre les normes, élaborées dans la section précédente, devront être respectées quand la norme internationale écarte une norme interne avant de la remplacer. Par conséquent, en droit égyptien et en droit américain, la convention internationale doit être postérieure à la loi pénale interne. En revanche, cette exigence temporelle n'est pas nécessaire en droit français.

**828.** Pour bien illustrer l'emploi de cette technique d'application directe, nous avons préféré analyser des exemples dans la jurisprudence pénale comparée. Le critère retenu pour le choix des arrêts était leur nouveauté, dans le sens qu'ils n'ont pas été déjà cités dans le travail de recherche. Seront respectivement traités : la compétence pénale relative aux navires étrangers en droit américain (§ 1), les modalités d'extradition en droit français (§ 2) et la compétence territoriale en droit égyptien (§ 3).

1722 49 U.S.C. § 46502(b)(1).

1723 V. *supra* n° 341.

## § 1. LA COMPÉTENCE PÉNALE RELATIVE AUX NAVIRES ÉTRANGERS EN DROIT AMÉRICAIN

**829.** Dans cet exemple, la loi interne définit l'étendue de la compétence territoriale des autorités locales dans la poursuite des navires étrangers. La convention internationale réduit le domaine de cette compétence en définissant un cadre plus limité.

Après la fin de la guerre civile américaine et la proclamation d'émancipation des citoyens d'origine africaine, de nouveaux défis sociaux ont été posés devant les activistes politiques de l'époque. L'abus d'alcool a surtout représenté un mal social très dangereux dans ses conséquences. C'est ainsi qu'un ensemble de textes constitutionnel et législatifs a été voté pour installer une « *prohibition* » des boissons alcoolisées. Pour prévenir la contrebande internationale, le *Tariff Act* a été voté en 1922, permettant dans son § 581 à la garde côtière des États-Unis d'arrêter et de monter à bord de tout navire situé à moins de 12 miles marins de la côte. L'objectif de l'arraisonnement est de s'assurer que le navire ne transporte pas de produits prohibés par les lois américaines, sous peine d'amende et de confiscation.

En 1924, les États-Unis ont conclu avec la Grande Bretagne un traité selon lequel la distance autorisée pour inspecter les navires britanniques est réduite à trois miles marins. Dans *Cook v. United States*, un navire de Sa Majesté a été arrêté et perquisitionné à une distance de 11.5 miles marins de la côte américaine. Transportant de l'alcool, le navire a été confisqué et son capitaine a été poursuivi pour chef d'importation illégale, infraction pour laquelle il est condamné à payer une amende.

**830.** Or, la Cour suprême considère que la convention avec la Grande Bretagne s'est substituée au § 581 du *Tariff Act* selon lequel Cook a été poursuivi :

> « Le traité, étant postérieur à la loi de 1922, a remplacé l'autorité conférée par le § 581 aux agents de la garde côtière pour arraisonner, perquisitionner et confisquer au-delà de nos eaux territoriales. »[1724]

La Cour indique ensuite que ce traité « *auto-exécutoire* » a « *modifié* » les limites territoriales de la compétence pénale en la matière. Ainsi, le traité écarte la loi antérieure et, au surplus, le juge pénal américain y puise la solution du cas présenté devant lui. Bien évidemment, cette solution s'applique exclusivement aux navires britanniques. Pour les navires des États avec lesquels les États-Unis n'ont pas conclu de traités, la norme interne reste la loi applicable par le juge.

## § 2. LES MODALITÉS D'EXTRADITION EN DROIT FRANÇAIS

**831.** L'arrêt de la Chambre criminelle étudié s'intéresse à la question de la mise en liberté de la personne extradée en cas de retard dans sa remise à l'État requérant. La différence entre les

1724 *Cook v. United States*, 288 U.S. 102 (1933).

textes interne et international réside dans la définition du point de départ du délai à l'expiration duquel la personne doit être libérée.

**832.** L'article 18 de la loi du 10 mars 1927 relative à l'extradition des étrangers organise les effets du retard de la remise de la personne extradée. Dans le délai d'un mois à compter de la notification de l'acte autorisant l'extradition, si « *l'extradé n'a pas été reçu par les agents de la puissance requérante, il est mis en liberté, et ne peut plus être réclamé pour la même cause* ». Ainsi, la loi française fait courir le délai du mois à partir du jour de la notification, par le gouvernement français, de sa décision sur l'extradition.

**833.** Dans une procédure d'extradition initiée à la demande du gouvernement italien, la Chambre d'accusation de la Cour d'appel de Versailles a ordonné la mise en liberté de la personne requise. Pour justifier sa décision en date du 14 mars 2000, elle remarque que le décret d'extradition a été notifié le 7 février à l'intéressé. Ainsi, « *le délai d'un mois fixé par l'article 18 de la loi du 10 mars 1927 pour la remise de l'extradé à l'État requérant est expiré* »[1725].

La chambre criminelle censure les juges du fond pour avoir appliqué la loi interne pour raison que la Convention européenne d'extradition du 13 décembre 1957 est le seul texte applicable « *dans les relations entre la France et l'Italie* »[1726]. Dans son article 18, le traité précise un point de départ, différent de celui de la loi interne, du délai de 30 jours à l'expiration duquel la personne réclamée doit être mise en liberté faute d'avoir été reçue par l'État requérant. Il ne s'agit pas de la date de la notification de la décision sur l'extradition. Mais, le délai court à compter de la date de la notification « *du lieu et de la date de la remise, ainsi que de la durée de la détention subie en vue de l'extradition par l'individu réclamé* ». Au regard de ces énonciations, la Chambre criminelle casse la décision des juges du fond.

**834.** Dans cet arrêt, il est important de noter que l'effet de la convention internationale pénalement effective ne se limite pas à écarter l'application de la loi pénale interne. La convention internationale a, par ailleurs, remplacé la norme interne incompatible en fournissant une prescription juridique différente. C'est enfin la précision de cette norme procédurale, donc son effectivité pénale, qui lui a permis de produire cet effet.

## § 3. LA COMPÉTENCE TERRITORIALE EN DROIT ÉGYPTIEN

**835.** Dans cet exemple, le principe de territorialité du droit pénal est avancé comme défense par une personne arrêtée sur un navire étranger. Sans écarter de normes, le juge égyptien substitue à l'application de la loi interne une norme internationale relative à la compétence pénale.

Les autorités égyptiennes ont arraisonné un navire libanais accosté à Port-Saïd sur le Canal de Suez. Un mandat d'arrêt et de perquisition a été délivré par le parquet général à l'intérêt

1725 Cass. Crim., 12 juillet 2000, *B.* n° 259, p. 761.

1726 *Ibid.*

d'un passager soupçonné de détention de stupéfiants. Par la suite, la personne a été poursuivie pour infraction d'importation de stupéfiants sans autorisation sur le territoire égyptien et a été condamnée par les juges du fond à la réclusion criminelle à perpétuité, ainsi qu'à l'amende et la confiscation. Dans son pourvoi en cassation, l'accusé conteste la légalité du mandat ayant autorisé la perquisition. Il avance que les autorités égyptiennes ne sont pas compétentes au regard de la nationalité étrangère du navire et le principe de la compétence pénale de l'État du pavillon.

**836.** Pour répondre à ce moyen, la Chambre criminelle de la Cour de cassation égyptienne emploie la technique de substitution, sans pour autant écarter une norme de droit interne. L'article premier du Code pénal égyptien stipule que la loi pénale égyptienne est applicable aux infractions commises sur le territoire égyptien. La Cour indique que cette compétence est exclusive pour les autorités égyptiennes, peu importe la nationalité de l'auteur de l'infraction. Cet attribut de la souveraineté « *est le moyen par lequel l'État protège pénalement les biens juridiques qu'il définit* »[1727]. La Chambre criminelle délimite ensuite le territoire égyptien en détails, y mentionnant la mer territoriale. Par rapport aux navires étrangers présents dans cet espace maritime, le Code pénal n'a pas prévu de prescriptions en matière de compétence pénale. C'est ainsi que la Cour de cassation substitue l'application des conventions internationales à celle de la loi interne. Elle fait référence à l'article 27 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer selon lequel :

> « L'État côtier ne devrait pas exercer sa juridiction pénale à bord d'un navire étranger passant dans la mer territoriale pour y procéder à une arrestation ou à l'exécution d'actes d'instruction à la suite d'une infraction pénale commise à bord pendant le passage, sauf dans les cas suivants :
>
> a) si les conséquences de l'infraction s'étendent à l'État côtier ;
>
> b) si l'infraction est de nature à troubler la paix du pays ou l'ordre dans la mer territoriale ;
>
> c) si l'assistance des autorités locales a été demandée par le capitaine du navire ou par un agent diplomatique ou un fonctionnaire consulaire de l'État de pavillon ; ou
>
> d) si ces mesures sont nécessaires pour la répression du trafic illicite des stupéfiants ou des substances psychotropes. »

En vertu du dernier alinéa, le mandat de perquisition est légal et le pourvoi est rejeté par la Chambre criminelle. La convention internationale fournit donc au juge une norme pénale applicable au cas d'espèce, sans que son application ne produise l'exclusion d'une norme interne.

---

1727 Cass. Crim. (Egy), 4 juin 1986, Req. n° 671, année judiciaire 56, consulté sur : *cc.gov.eg*.

## SECTION III.
## COMBINER PLUSIEURS CONVENTIONS PÉNALEMENT EFFECTIVES : UNE PARTICULARITÉ FRANÇAISE ?

**837.** L'interrogation provient de l'exploration. L'analyse de la jurisprudence comparée et de la doctrine comparée indique que cette question est vivement présente dans le conscient juridique français, alors qu'elle l'est moins dans les discussions de juristes égyptiens ou américains[1728]. Ainsi, c'est la matière première qui a imposé de focaliser l'étude sur le juge pénal français duquel peuvent s'inspirer ses homologues.

**838.** L'internationalisation du droit pénal a multiplié les instruments conventionnels pour l'organisation de la lutte mondiale contre certaines formes de criminalité et pour l'universalisation des droits de l'homme et notamment les droits de défense. Cette « *inflation normative* »[1729] peut donner lieu à des hypothèses où se présentent devant le juge pénal deux conventions internationales, constitutionnellement valides et pénalement effectives[1730], qui s'appliquent aux mêmes faits. La doctrine discute alors de « *combinaison des conventions internationales* »[1731], de « *conflit des conventions internationales* »[1732], et de « *concurrence des traités* »[1733]. Cette hypothèse n'a pas été prévue dans les systèmes juridiques des États comparés, ce qui rend primordiale l'exploration des solutions théoriques apportées par le droit international.

**839. Les directives de la Convention de Vienne sur le droit des traités.** La pièce maîtresse du dispositif international est la Convention de Vienne sur le droit des traités. Comme déjà précisé, cette convention possède une valeur coutumière dans le droit des États comparés[1734]. Son article 30 est intitulé « *application de traités successifs portant sur la même matière* ». Cette

---

1728 V. à titre d'exemple, BORGEN Christopher, « Resolving treaty conflicts », 37 *The Geo. Wash. Int'l L. Rev.* 573 (2005).

1729 FLAUSS Jean-François, « La protection des droits de l'homme et les sources du droit international », *in La protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international*, SFDI, Pedone, 1998, Paris, p 11.

1730 En droit administratif, le Conseil d'État indique qu'il incombe au juge de vérifier que les conventions en question « sont entrées en vigueur dans l'ordre juridique interne et sont invocables devant lui » ; CE, ass., 23 décembre 2011, *AJDA* 2012, p. 201, chron. DOMINO et BRETONNEAU ; *RFDA* 2012, p. 1, concl. BOUCHER.

1731 BOUCHER Julien, « Le juge administratif et la combinaison des conventions internationales », *RFDA*, 2012, p. 1-17.

1732 ALLAND Denis, « Le juge interne et les conflits de traités internationaux », *RFDA* 2012, p. 26.

1733 SCIOTTI-LAM Claudia, *La concurrence des traités relatifs aux droits de l'homme devant le juge national*, Bruylant, 1997, 120 p. ; MALAN Alexandre, *La concurrence des conventions internationales dans le droit des conflits de lois*, PUAM, 2002, 563 p.

1734 La Cour de cassation française, tout en admettant que le Convention de Vienne n'a pas été ratifiée, considère que cette dernière codifie « le droit international coutumier » relatif à la question du droit des traités ; Cass. Civ., 11 juillet 2006, *B. civ.* I, n° 378 ; *RCDIP* 2007, p. 391, note AUDIT.

disposition pose les principes fondamentaux de la combinaison des conventions internationales en cas de conflit. En premier lieu, un traité peut explicitement prévoir « *qu'il est subordonné à un traité antérieur ou postérieur ou qu'il ne doit pas être considéré comme incompatible avec cet autre traité* ». Dans cette hypothèse, la primauté est posée textuellement. Pour illustration, la Convention d'aide juridique en matière civile et pénale, conclue à Minsk en 1993, prévoit dans son article 82 qu'elle ne déroge pas aux autres traités internationaux. C'est ainsi que la Cour d'appel de Lyon a considéré que les dispositions de la Convention européenne d'extradition l'emportent sur celles de la Convention de Minsk[1735]. Dans l'hypothèse où la hiérarchie n'est pas déduite textuellement, l'alinéa 3 de l'article 30 pose la règle *lex posterior* selon laquelle « *le traité antérieur ne s'applique que dans la mesure où ses dispositions sont compatibles avec celles du traité postérieur* ».

**840. La contribution du Conseil d'État.** Cela étant, le Conseil d'État français ajoute une précision de valeur coutumière à ce dispositif. Lorsque deux ou plusieurs conventions internationales ont vocation à s'appliquer à la même situation, le Conseil d'état a prescrit, dans la décision Kandyrine, de « *définir, conformément aux principes de droit coutumier relatifs à la combinaison entre elles des conventions internationales, les modalités d'application respectives des normes internationales en débat conformément à leurs stipulations, de manière à assurer leur conciliation, en les interprétant, le cas échéant, au regard des règles et principes à valeur constitutionnelle et des principes d'ordre public* »[1736].

Plus tard, le Conseil d'État ajoute « *que dans l'hypothèse où, au terme de cet examen, il n'apparaît possible ni d'assurer la conciliation de ces stipulations entre elles, ni de déterminer lesquelles doivent dans le cas d'espèce être écartées, il appartient au juge administratif de faire application de la norme internationale dans le champ de laquelle la décision administrative contestée a entendu se placer et pour l'application de laquelle cette décision a été prise et d'écarter* »[1737].

**841.** La coutume internationale pose donc deux approches théoriques devant le juge pénal lorsqu'il est confronté à plusieurs traités pénalement effectifs. Son premier devoir est de concilier. Il ne privilégie l'un des traités que lorsque la conciliation est impossible. En pratique, il semble que le juge pénal dégage une certaine complémentarité entre différentes conventions internationales (§ 1). En cas d'antagonisme irréconciliable, le conflit est résolu au profit de l'un des traités (§ 2).

---

1735 Cass. Crim., 4 mars 2015, n° 14-87377, Inédit, consulté sur : *legifrance.gouv.fr*.

1736 CE, ass., 23 décembre 2011, *AJDA* 2012, p. 201, chron. DOMINO et BRETONNEAU ; *RFDA* 2012, p. 1, concl. BOUCHER. Il est intéressant de noter que la Cour d'appel avait soutenu qu' « il n'appartient pas au juge administratif d'apprécier la validité[, ] s'agissant d'un engagement international, au regard d'autres engagements internationaux souscrits par la France ».

1737 *Ibid.* Ce considérant constitue un revirement par rapport à l'ancienne position du Conseil d'état qui refusait « de se prononcer sur la validité d'un engagement international au regard d'autres engagements internationaux » ; CE, 18 décembre 1998, *Blotzheim*, *AJDA* 1999, p. 180. V. dans le même sens, CE, 8 juillet 2002, *Commune de Porta*, *AJDA* 2002, p. 1005 et CE, 9 juillet 2010, *Fédération nationale de la libre pensée*, *AJDA* 2010, p. 1397.

## § 1. LA COMPLÉMENTARITÉ DES CONVENTIONS PÉNALEMENT EFFECTIVES

**842.** L'analyse jurisprudentielle démontre une tendance chez le juge pénal français de mettre en complémentarité plusieurs conventions pénalement effectives dans le cas d'espèce. Pour élucider cette approche conciliatrice des juridictions répressives, elle est examinée, dans un premier temps, dans le cadre de l'immunité pénale des agents diplomatiques (A). Dans un deuxième temps, sont présentées les applications de l'extension territoriale de la loi pénale française (B).

### A. DANS LE CADRE DE L'IMMUNITÉ PÉNALE DES AGENTS DIPLOMATIQUES

**843. Le cas particulier du diplomate régnicole.** De nationalité française, Pierre Falcone a été nommé par les autorités angolaises en 2003 aux fonctions de représentant permanent de l'Angola auprès de l'Organisation des Nations unies pour l'éducation, la science et la culture (UNESCO) à Paris. Par suite de sa nomination, il a été inscrit sur la liste diplomatique par le gouvernement français et il jouit ainsi « *dans l'exercice de ses fonctions (de) toutes les immunités prévues par la convention de Vienne sur les relations diplomatiques du 18 avril 1961* »[1738].

Or, depuis décembre 2000, Falcone fait l'objet d'une information ouverte par le pôle financier du Tribunal de grande instance de Paris. Mis en examen pour chefs de plusieurs infractions économiques et de commerce illicite d'armes, il a été placé sous contrôle judiciaire avec interdiction de quitter le territoire français. Estimant que sa nouvelle nomination à l'UNESCO lui confère une immunité, Falcone voyage hors du territoire sous couvert de son passeport diplomatique. Le problème juridique est ainsi posé :

> « Une telle prétention était-elle fondée ? L'originalité de l'espèce réside dans cette circonstance que le bénéficiaire de la nomination est, en l'occurrence, de nationalité française. Absolument inédite, la question de l'immunité pénale d'un agent diplomatique régnicole recèle aussi une grande complexité en raison de l'enchevêtrement des règles issues du droit international public »[1739].

Pour refuser sa mise en liberté, la Cour d'appel de Paris s'appuie sur l'article 38-1 de la Convention de Vienne. Selon ce texte, l'agent diplomatique qui détient la nationalité de l'État accréditaire ne bénéficie de l'immunité de juridiction et de l'inviolabilité que pour « *les actes officiels accomplis dans l'exercice de ses fonctions* ». Au regard du fait que Falcone est français et qu'il a commis les actes délictueux avant sa nomination et sans lien avec l'exercice de ses fonctions diplomatiques, il n'est pas couvert pas l'immunité ni par l'inviolabilité.

**844.** Pour se pourvoir contre cet arrêt devant la Cour de cassation, Falcone invoque l'accord de siège du 2 juillet 1954 conclu entre la France et l'UNESCO. En vertu de l'article 18 de cet

---

1738 MORVAN Patrick, « L'immunité pénale d'une personne poursuivie et nommée représentant d'un État membre à l'UNESCO », *D.* 2004, p. 288.

1739 *Ibid.*

accord, les représentants des États membres de l'Organisation et leurs délégués permanents jouissent pendant leur séjour en France « *des facilités, privilèges et immunités qui sont reconnus aux diplomates de rang comparable des missions diplomatiques étrangères accréditées auprès du gouvernement de la République française* ». Ainsi, l'accord de siège ne distingue pas selon la nationalité de l'agent diplomatique comme le fait la Convention de Vienne. Ainsi, pour Falcone, sa personne est inviolable sur le territoire français même s'il détient la nationalité française, de sorte que son arrestation et sa détention sont illégales.

**845. Le travail de conjugaison des traités par le juge pénal.** La Chambre criminelle est ainsi devant deux conventions internationales pénalement effectives qui s'appliquent au cas d'espèce. Elle ne considère pas qu'il existe une tension entre les deux instruments, mais elle cherche à les concilier. La Chambre considère que l'article 18 de l'accord de siège « *renvoie* » à l'article 38 de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques[1740]. Ce lien de complémentarité établi entre les deux traités est d'autant plus intéressant du fait que la Convention de Vienne (1961) est plus récente que l'accord de siège (1954). En conjuguant les deux conventions ensemble, le juge pénal limite l'inviolabilité de l'agent diplomatique de nationalité française aux actes officiels accomplis dans l'exercice de ses fonctions et rejette le pourvoi.

### B. DANS LE CADRE DE L'EXTENSION TERRITORIALE DE L'APPLICATION DE LA LOI PÉNALE

**846.** L'application de la loi pénale dans l'espace est également présentée comme illustration de l'emploi de la technique de conjugaison de plusieurs traités par les juridictions répressives françaises. Le territoire de la République française inclut les espaces maritimes qui lui sont liés (art. 113-1 CP). La mer territoriale est délimitée par la loi n° 71-1060 du 24 décembre 1971 les fixant à 12 milles marins à partir des lignes de base. « *Au-delà de la mer territoriale* », la loi française est applicable « *dès lors que les conventions internationales et la loi le prévoient* » (art. 113-12 CP).

**847.** Le juge pénal français met en œuvre le jeu de complémentarité de plusieurs conventions pénalement effectives pour asseoir une compétence juridictionnelle sinon incertaine. Cette technique a été employée pour réprimer des infractions commises dans la zone économique exclusive de la France (1). Allant plus loin juridiquement et géographiquement, le juge pénal justifie également la poursuite d'infractions commises en Haute mer en conjuguant l'application de plusieurs traités (2).

---

1740 Cass. Crim., 8 avril 2010, *B.* n° 63 ; D. 2010, p. 1081, obs. LÉNA.

## 1. La zone économique exclusive

**848. Définition**. En France, la zone économique exclusive s'étend jusqu'à une distance de 188 milles marins au-delà des eaux territoriales (loi n° 76-655 du 16 juillet 1976). Il s'agit d'une zone dans laquelle « *les États riverains exercent des droits exclusifs d'exploitation des ressources de la mer, des fonds marins et sous-sol marin* »[1741]. Cette zone ne fait pas partie du territoire de la République. Ainsi, la compétence pour poursuivre les infractions qui y sont commises n'est pas originale mais s'appuie sur des conventions internationales tel que précisé par l'article 113-12 CP[1742].

**849. Le droit conventionnel.** La Convention de Montego Bay sur le droit de la mer donne un titre de compétence à l'État côtier pour « *adopter pour leur zone économique exclusive des lois et règlements visant à prévenir, réduire et maîtriser la pollution par les navires qui soient conformes et donnent effet aux règles et normes internationales généralement acceptées* »(art. 211-5).La France possède donc la faculté d'énoncer « *des règles pénales concernant les navires étrangers et même leur imposer sa souveraineté juridictionnelle, mais dans les limites fixées par ces instruments internationaux* »[1743]. Le traité principal en la matière est celui de la convention internationale pour la prévention de la pollution par les navires du 2 novembre 1973, dite convention Marpol. Par respect de ces obligations, le législateur français a adopté la loi n° 83-583 du 5 juillet 1983 réprimant la pollution par les navires.

**850. L'affaire Erika et la complémentarité des traités.** L'affaire Erika a présenté au juge pénal français une chance de combiner plusieurs conventions internationales pour réprimer des actes commis au-delà de la mer territoriale[1744]. Le navire Erika, battant pavillon maltais, a subi une défaillance de sa structure ayant provoqué son naufrage dans la zone économique exclusive française. À la suite de cet accident de mer, une partie importante de la cargaison s'est répandue dans l'océan et les dommages résultant de ce rejet ont atteint le littoral français quelques jours après. Deux sociétés ont été poursuivies pour pollution des eaux françaises par rejet involontaire en vertu de l'article 8 de la loi du 5 juillet 1983.

Pour se défendre, les responsables du préjudice écologique fondent leur pourvoi sur l'article 113-12 CP. Selon leurs conclusions, cette disposition doit être interprétée à la lumière de l'article 211-5 de la Convention de Montego Bay, prétendant ainsi une obligation d'identité entre les infractions nationales de la loi de 1983 et les actes incriminés par la Convention Marpol pour pouvoir établir la compétence du juge français dans la zone économique

---

1741 BONASSIES Pierre et SCAPEL Christian, *Traité de droit maritime*, LGDJ, 2006, p. 43.

1742 « Cet article quelque peu tautologique n'a toutefois aucune portée juridique, puisque, même s'il n'existait pas, les conventions ou les lois auxquelles il se réfère seraient de toutes les façons applicables » ; DESPORTES Frédéric et LE GUNEHEC Francis, *op. cit.*, p. 335. Il est néanmoins important de signaler que cette convention doit être pénalement effective pour pouvoir rattacher la compétence de la loi française.

1743 Cass. Crim., 25 septembre 2012, *Droit pénal* n° 1, janvier 2013, comm. 10, note ROBERT.

1744 *Ibid.*

exclusive[1745]. Au regard du fait que la loi nationale est plus stricte, que ce soit au niveau des actes incriminés[1746], des faits justificatifs ou de la qualité des auteurs, « *l'absence de coïncidence entre la Convention Marpol et la loi du 5 juillet 1983* » méconnaît l'article 113-12 CP. La loi pénale française n'est donc pas applicable au rejet involontaire dans la zone économique.

**851.** Dans l'arrêt de rejet, la Chambre criminelle écarte comme « *inopérants* » les moyens fondés sur l'article 113-12 CP. Nous sommes de l'opinion qu'il faut entendre « *que l'article 113-12 n'était pas hors jeu, mais qu'une partie des observations faites sur sa mise en œuvre étaient inopérantes* »[1747]. Dans tous les cas, les juges mettent en complémentarité et la Convention Marpol et la Convention de Montego Bay pour confirmer l'applicabilité de la loi française. Tout d'abord, la Haute juridiction analyse la Convention Marpol pour s'assurer que « *les parties signataires n'ont pas entendu imposer une liste limitative au législateur national chargé d'introduire les règles de ladite convention dans le droit national positif* »[1748]. Du moment que la Chambre criminelle déduit la conformité du droit interne aux engagements internationaux, elle renforce sa conviction de l'applicabilité de la loi française par la référence complémentaire à la Convention de Montego Bay laquelle « *par application combinée des articles 220 point 6*[1749] *et 228*[1750]« *; la compétence de l'État côtier pour réprimer les*

---

1745 Pour Pierre Bonassies, l'article 215-5 vise exclusivement les « zones spéciales » prévues par la Convention Marpol. « Il était donc certainement infondé de déduire de l'alinéa 5 de l'article 211 de la Convention [de Montego Bay] qu'un état ne peut adopter des règles plus sévères que celles de la Convention MARPOL » ; BONASSIES Pierre, « L'arrêt Erika et la compétence des juridictions françaises », *DMF*, 1er décembre 2012, n° 742

1746 La Convention Marpol n'interdit que le rejet volontaire, alors que la loi française réprime « l'imprudence, la négligence ou l'inobservation des lois et règlements ».

1747 MASSÉ Michel, « Chronique de droit pénal international », *RSC* 2013, p. 459.

1748 Cass. Crim., 25 septembre 2012, *op. cit.*

1749 « Lorsqu'il y a preuve manifeste qu'un navire naviguant dans la zone économique exclusive ou la mer territoriale d'un État a commis, dans la zone économique exclusive, une infraction visée au paragraphe 3 ayant entraîné des rejets qui ont causé ou risquent de causer des dommages importants au littoral ou aux intérêts connexes de l'État côtier [...], cet État peut, sous réserve de la section 7, si les éléments de preuve le justifient, intenter une action, notamment ordonner l'immobilisation d'un navire conformément à son droit interne ». Des auteurs trouvent que cet article vise des mesures préventives et ne prévoie pas le pouvoir de juger. V. Cass. Crim., 25 septembre 2012, *Revue des sociétés* 2013, p. 110, note ROBERT : « À cela s'ajoute la considération selon laquelle l'article 220 tout entier vise des mesures préventives et non pas explicitement le pouvoir de juger : la version française de son point 6 autorise bien l'État côtier à 'intenter une action', ce qui, selon le vocabulaire de notre procédure pénale, désigne en effet la saisine d'une juridiction d'instruction ou de jugement ; mais la version anglaise on lit 'institute proceedings', ce qui est plus vague et s'applique une grande variété d'actes juridiques. Quand les rédacteurs anglais de la Convention veulent parler de l'équivalent de l'exercice de l'action publique, ils qualifient de manière plus précise l'objet des proceedings : ainsi la version anglaise de l'article 228 précité commence par 'proceedings to impose penalties' et celle de l'article 97 précité désigne l'État du pavillon 'to institute penal proceedings' ».

1750 « Lorsque des poursuites ont été engagées par un État en vue de réprimer une infraction aux lois et règlements applicables ou aux règles et normes internationales visant à prévenir, réduire et maîtriser la pollution par les navires, commises au-delà de sa mer territoriale par un navire étranger, ces poursuites sont suspendues dès lors que l'État du pavillon a lui-même engagé des poursuites du chef de la même infraction, dans les six mois suivant l'introduction de la première action, à moins que celle-ci ne porte sur un cas de dommage grave causé à l'État côtier ou que l'État du pavillon en question ait à plusieurs reprises manqué à son obligation d'assurer l'application effective des règles et normes internationales en vigueur ».

*infractions de pollution* « *est acquise lorsqu'elle porte sur un cas de dommage grave* »[1751]. La conjugaison des deux conventions internationales pénalement effectives offre à la Cour de cassation française le fondement pour justifier l'extraterritorialité de la loi française.

## 2. La haute mer

**852. Délimitation.** L'article 86 de la Convention de Montego Bay définit la haute mer par une approche différentielle. Il s'agit de « *toutes les parties de la mer qui ne sont comprises ni dans la zone économique exclusive, la mer territoriale ou les eaux intérieures d'un État* ». La liberté de la navigation y est reconnue. Cependant, cela ne signifie pas que la haute mer constitue une zone de non-droit. L'article 92 pose le principe de la juridiction exclusive de l'État sur les navires battant son pavillon[1752]. Après la déclaration du principe, la convention énumère également un nombre de limites en matière de piraterie (art. 101-102), de traite (art. 110), d'émissions non autorisées (art. 109) et de trafic de stupéfiants (art. 108). C'est dans le cadre de cette dernière limite à la compétence exclusive de l'État de pavillon que le juge pénal français a conjugué l'application de plusieurs conventions internationales pour aboutir à réprimer des infractions à la législation française commises par un navire étranger en haute mer.

**853.** Un navire cambodgien a été intercepté par les autorités françaises en Haute mer. Des stupéfiants ont été découverts à bord et plusieurs membres de l'équipage ont été poursuivis pour chef d'infractions à la législation sur les stupéfiants. Devant la chambre d'instruction, ils demandent la nullité des mises en examen fondée sur le caractère illégal de l'arraisonnement du navire battant pavillon étranger. Les accusés soutiennent que la Convention de 1982 sur le droit de la mer, dans son article 92, consacre la compétence de l'État sur les navires battant son pavillon, se trouvant en haute mer, de manière « *à la fois plénière et exclusive* »[1753].

**854.** La chambre d'instruction précise que :

> « La lutte internationale contre le trafic illicite de stupéfiants est régie par trois conventions : la Convention des Nations Unies contre le trafic de stupéfiants du 30 mars 1961, la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer signée à Montego Bay le 12 décembre 1982 et la Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes signée à Vienne le 20 décembre 1988 »[1754].

Cette dernière convention prévoit des dérogations au principe traditionnel de la « *loi du pavillon* »[1755]. Cependant, « *si ces conventions ont été signées et ratifiées par la France, il est constant que le*

---

1751 *Ibid.*

1752 Pour plus de précisions, V. BONASSIES Pierre et SCAPEL Christian, *Traité de droit maritime*, *op. cit.*, p. 49.

1753 Cass. Crim., 15 janvier 2003, *Bull.* n° 12, p. 39 ; *DMF* 2003, p. 517, obs. RAJOT.

1754 *Ibid.*

1755 Article 17 (3) : « une Partie qui a des motifs raisonnables de soupçonner qu'un navire exerçant la liberté de navigation conformément au droit international et battant le pavillon ou portant une immatriculation d'une autre Partie se livre au trafic illicite peut le notifier à l'État du pavillon, demander confirmation de l'immatriculation et,

… / …

*Cambodge n'a pas signé la Convention de Vienne* ». Ainsi les dérogations de l'article 17 de cette convention n'ont pas d'effectivité pénale dans le cas d'espèce pour défaut de ratification par le Cambodge[1756]. Pour contourner ce problème, la chambre d'instruction cherche très loin. Elle met en œuvre la technique de combinaison pour retenir la légalité des actes de procédure. Pour répondre à l'argument tiré de la compétence exclusive de l'État de pavillon, la chambre d'instruction associe deux conventions internationales. En premier lieu, est avancé l'article 108 de la Convention de Montego Bay de 1982. Cette disposition consacre une obligation générale de coopération entre les États dans le domaine de la répression du trafic des stupéfiants « *auquel se livrent, en violation des conventions internationales, des navires naviguant en haute mer* ». Cela étant, son paragraphe 2 revient au principe général de la loi du pavillon, stipulant que « *tout État qui a de sérieuses raisons de penser qu'un navire battant son pavillon se livre à un trafic illicite de stupéfiants ou de substances psychotropes peut demander la coopération d'autres États pour mettre fin à ce trafic* ». Le discours dans cette norme conventionnelle s'adresse donc à l'État duquel sont originaires les auteurs de l'infraction.

**855.** Il est évident que l'argument tiré de l'article 108 est juridiquement fragile. Pour le renforcer, la chambre d'instruction refuse la demande des accusés « *sur la base de ce texte et par référence à la précédente Convention des Nations Unies du 30 mars 1961 contre le trafic international de stupéfiants* », sans aucune précision autre que l'objectif de la lutte internationale contre le trafic illicite de stupéfiants. Même si nous ne sommes pas d'accord avec le résultat, ultérieurement confirmé par la Cour de cassation[1757], cette décision constitue une illustration de la mise en jeu de la complémentarité de plusieurs conventions internationales pénalement effectives.

## § 2. L'ANTAGONISME DES CONVENTIONS PÉNALEMENT EFFECTIVES : LA RÉSOLUTION DU CONFLIT PAR LE JUGE PÉNAL

**856.** Le devoir premier du juge pénal est de « *concilier* » ou de « *mettre en complémentarité* » les différentes conventions internationales applicables devant lui. Cependant, un antagonisme

---

si celle-ci est confirmée, demander l'autorisation à cet État de prendre les mesures appropriées à l'égard de ce navire ».

1756 cf. d'un côté, Cass. Crim., 8 août 2007, *B.* n° 190 ; de l'autre Cass. Crim., 29 avril 2009, *B.* n° 83 et Cass. Crim., 20 décembre 2017, *B.* n° 294, p. 702, dans lesquels l'article 17 a été appliqué pour raison de la ratification de la Convention de Vienne par la France et par l'État de pavillon (Grande Bretagne et Panama respectivement)

1757 Il est intéressant de noter que la Chambre criminelle vise l'article 17 de la Convention de Vienne sans examen de la ratification de cette convention par le Cambodge. « Pour elle, la chose paraît aller de soi » ; Cass. Crim., 15 janvier 2003, *DMF* 2004, Supplément n° 8, obs. BONASSIES.

irréductible entre traités pénalement effectifs peut s'imposer[1758]. L'article 55 de la Constitution française n'établit aucune hiérarchie entre ces instruments[1759]. Il faudra alors faire des choix.

**857. L'hypothèse du conflit réel entre traités.** Notre intérêt porte sur l'hypothèse d'un conflit réel de traités. Parfois, ce qui se présente devant le juge pénal est l'apparence d'un conflit entre deux conventions internationales pénalement effectives. Ce cas provient d'une incompréhension de la portée des textes présentés par la défense. Le juge pénal résout ce conflit par la simple interprétation, en délimitant le champ d'application de chaque instrument international.

**858.** À titre d'exemple, un individu conteste devant la Cour de cassation l'arrêt d'une chambre d'instruction ayant donné avis favorable à son extradition à l'Espagne en application de la convention franco-espagnole d'extradition du 14 décembre 1877. La défense relève une tension entre l'obligation conventionnelle d'extrader et l'article 33 de la Convention de Genève relative au statut des réfugiés. Cette dernière disposition interdit les États parties d'expulser ou de refouler un réfugié vers son pays d'origine. Cette apparence de conflit entre les deux conventions a été déchiffrée par l'interprétation. Pour la Chambre criminelle, l'article 33 « *concerne seulement le refoulement et l'extradition, mesures administratives juridiquement différentes de l'extradition* »[1760]. Dès lors, la tension entre les deux conventions pénalement effectives a été déchargée.

**859.** En cas de conflit réel entre conventions internationales pénalement effectives, deux solutions s'imposent. D'un côté, le juge pénal, s'inspirant des juridictions civiles, peut prôner le choix de matériellement hiérarchiser les conventions selon leur nature (A). De l'autre, sont toujours offertes les règles classiques de résolution du conflit entre normes du même rang juridique (B). Bien évidemment, si les conventions internationales déterminent dans leurs corps la méthode de résolution du conflit entre-elles, le juge pénal est tenu de l'appliquer. À titre d'exemple, l'article 28 de la Convention européenne d'extradition stipule que « *la présente Convention abroge, en ce qui concerne les territoires auxquels elle s'applique, celles des dispositions des traités, conventions ou accords bilatéraux qui, entre deux Parties Contractantes, régissent la matière de l'extradition* ». Le juge pénal français a donné plein effet à cette disposition lorsque s'est présenté devant lui un conflit entre le texte européen et une convention bilatérale antérieure[1761].

---

1758 Depuis 1932, Charles Rousseau insistait que « parmi les problèmes juridiques qui se posent aujourd'hui avec le plus d'acuité, il n'en est peut-être pas de plus actuel que celui de la compatibilité des traités » ; ROUSSEAU Charles, « De la compatibilité des normes juridiques contradictoires dans l'ordre international », *RGDIP* 1932, p. 133.

1759 Pour l'objet de comparaison, il est intéressant de noter que le Constituant égyptien a prévu dans une disposition spécifique l'engagement de l'État de respecter les conventions des droits de l'homme, ce qui autorise d'estimer qu'une sorte de hiérarchie matérielle est établie entre les différentes conventions internationales en cas de conflit réel.

1760 Cass. Crim., 21 septembre 1984, *B.* n° 274.

1761 Cass. Crim., 6 octobre 1986, *B.* n° 269, p. 679 : « Mais attendu qu'en cet état, alors que ladite Convention se trouvait abrogée par la Convention européenne d'extradition du 13 décembre 1957, en vertu des dispositions de

… / …

### A. INSPIRATION NON-PÉNALE : UNE POSSIBLE HIÉRARCHISATION MATÉRIELLE

**860.** La formation civile de la Cour de cassation française a formulé des solutions innovantes en matière de conflit entre conventions internationales. L'exploration de cette jurisprudence sera intéressante pour déterminer si le juge pénal peut adopter les solutions offertes par ses confrères dans la résolution du conflit entre plusieurs conventions internationales pénalement effectives.

**861. Retour immédiat de l'enfant et la notion d'intérêt supérieur.** Une Française et un Américain se sont mariés aux États-Unis. Une fille est née de cette union. Lors de vacances passées en France avec l'enfant, la mère informe son époux de son intention de ne pas regagner les États-Unis. Le père a alors saisi l'autorité centrale américaine d'une demande tendant à l'application de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, afin que soit ordonné le retour immédiat de l'enfant au lieu de sa résidence habituelle. Informé de la situation, les autorités compétentes ont fait assigner la mère à cette fin. Par conséquent, la mère se pourvoit en cassation, invoquant l'article 13-b de la Convention de La Haye et 3§ 1 de la Convention sur les droits de l'enfant. « *Selon le premier texte, il peut être fait exception au retour de l'enfant lorsque qu'il encourt un grave danger, celui-ci pouvant résulter du changement des conditions de vie actuelles. Selon la seconde disposition conventionnelle, chaque décision de justice doit être prise en considération primordiale de l'intérêt supérieur de l'enfant* »[1762].

**862.** La solution dégagée par la Chambre civile semble s'inscrire dans une logique de hiérarchisation des conventions internationales. Si elle précise que la Convention de La Haye impose le retour immédiat de l'enfant sauf en cas de danger grave, elle indique qu'en vertu du second instrument conventionnel, « *ces circonstances doivent être appréciées en considération primordiale de l'intérêt supérieur de l'enfant* »[1763]. Après avoir remarqué que la Cour d'appel a effectué cette analyse d'intérêt, elle déduit qu'il convenait d'ordonner le retour immédiat en application de la Convention de La Haye[1764].

**863. Répudiation musulmane et égalité entre époux.** La reconnaissance des répudiations musulmanes par les juridictions françaises constitue également une piste intéressante pour explorer la résolution du conflit entre conventions. Le contentieux « *intervient lorsqu'un conjoint, parfois après l'ouverture d'une procédure devant les tribunaux français en contribution aux charges du mariage ou en divorce, décide de partir répudier son épouse dans le pays de leur nationalité commune et tente d'opposer le*

---

l'article 28-1 de ce traité, auquel la République fédérale d'Allemagne est partie contractante, la Chambre d'accusation a méconnu les textes susvisés ». V. également, Cass. Crim., 5 novembre 1986, n° 325, p. 831.

1762 LAURENT-BOUTOT Carine, *op. cit.*, p. 414.

1763 Cass. Civ., 14 juin 2005, *B.* I, n° 245, p. 207 ; *JDI (Clunet)* n° 4, Octobre 2005, p. 13, note CHALAS.

1764 Pour une analyse de cette question, V. BOULANGER François, « La Cour de cassation et les enlèvements internationaux d'enfants : retour à une interprétation orthodoxe de la convention de la Haye de 1980 », *D.*, 2005, p. 2790.

*jugement aux juridictions françaises* »[1765]. Selon l'article 9 de la Convention franco-marocaine du 10 août 1981, relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire, la loi applicable à la dissolution du mariage est la loi de la nationalité commune des époux. L'article 13 indique, en outre, que « *les actes constatant la dissolution du lien conjugal homologué par le juge au Maroc entre conjoints de nationalité marocaine dans les formes prévues par la loi nationale produisent effet en France dans les mêmes conditions que les jugements de divorces prononcés à l'étranger* ».

Après plusieurs tâtonnements[1766], la Cour de cassation française relève une tension entre la répudiation et l'article 5 du Protocole additionnel 7 à la CEDH en ce qu'il établit une égalité entre époux dans les droits et les obligations « *durant le mariage et lors de sa dissolution* ». Le conflit est résolu au profit du Protocole et le principe d'égalité, la Cour suprême privilégiant encore une fois une convention de droits de l'homme[1767].

**864. Justifications doctrinales.** Faire primer une convention internationale sur une autre exige un fondement juridique. Si l'exercice semble être instinctif pour la Cour de cassation dans les arrêts étudiés[1768], la doctrine s'est efforcée de fournir les arguments.

Pour certains, est avancée l'idée que les conventions de droits de l'homme font partie d'un « *ordre public international* »[1769] que le juge est tenu de faire respecter. Pour d'autres, les conventions des droits de l'homme ont été identifiées aux normes impératives de jus cogens[1770]. L'article 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités définit une norme impérative du droit international général comme « *une norme acceptée et reconnue par la communauté internationale des États dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise* ». Ainsi, les conventions des droits de l'homme consacrent des normes impératives qui l'emportent sur les autres normes internationales. Un troisième courant fait la promotion d'un principe hiérarchique par emprunt, le « *texte d'origine européenne épouse le contenu de normes constitutionnelles dont il acquiert mécaniquement le rang* »[1771]. Ainsi, le Protocole jouirait d'une autorité « *matérielle* » supérieure à celle des conventions bilatérales.

---

1765 *Ibid.*, p. 408.

1766 *Ibid.*

1767 Pour une jurisprudence représentative, V. Cass. Civ., 1er juin 1994, *B.*, I, n° 192, p. 141 ; *RCDIP* 1995, p. 103, note DEPREZ ; Cass. Civ., 19 décembre 1995, *B.*, I, n° 469, p. 326.

1768 Pour Denis Alland, la solution prônée par la Cour de cassation n'est motivée par « aucune justification d'ordre technique » et il la qualifie de « décision en opportunité, qu'appuient les valeurs morales du juge saisi » ; ALLAND Denis, « Le juge interne et les conflits de traités internationaux », *RFDA* 2012, p. 26.

1769 FRANÇOIS Lyn, « La Convention européenne des droits de l'homme est-elle supérieure aux conventions bilatérales reconnaissant les répudiations musulmanes ? », *D.* 2002, p. 2958. On peut également penser à « l'ordre public européen » qui ressort de l'arrêt *Kandyrine* du Conseil d'état. La compétence du juge administratif pour résoudre le conflit entre traités est acceptée « sous réserve des cas où serait en cause l'ordre juridique intégré que constitue l'Union européenne », CE, ass., 23 décembre 2011, *op. cit.*

1770 NIBOYET Marie-Laure, note sous Cass. Civ., 11 mars 1997, *D.* 1997, p. 400.

1771 GUERCHOUN Frédéric, « La primauté constitutionnelle de la Convention européenne des droits de l'homme sur les conventions bilatérales donnant effet aux répudiations musulmanes », *JDI (Clunet)* n° 3, Juillet 2005, doctr. 9, p. 12.

**865.** Malgré une certaine attractivité, ces conceptions cherchent leurs fondements au-delà des textes nationaux ou des directives jurisprudentielles régissant l'application des conventions internationales par le juge pénal. Leur prise en compte conduirait même à considérer comme nul tout accord ou traité international contraire[1772]. Dans tous les cas, il semble que le juge pénal français penche, en pratique, pour des solutions plus classiques de l'antagonisme entre sources conventionnelles de droit pénal.

### B. La jurisprudence pénale : les sorts traditionnels du conflit normatif

**866.** À titre liminaire, il faudra préciser que la jurisprudence étudiée dans laquelle cette technique est appliquée porte sur un conflit entre un traité international classique et un traité européen. Alors qu'on a mis le droit de l'Europe à la porte de cette étude, il revient exceptionnellement par la fenêtre pour la raison méthodologique d'absence d'arrêts répressifs dans lesquels le juge a dû résoudre un conflit entre deux traités de droit international classique. Dans tous les cas, c'est la technique employée par juge pénal qui nous intéresse beaucoup plus que la source formelle des conventions internationales.

**867.** En absence de directive constitutionnelle en matière de conflit entre traités, il semble que le juge pénal national adopte les solutions traditionnellement dégagées en droit interne. L'examen des dispositions peut relever une norme internationale qui convient plus spécifiquement aux faits qu'une autre plus générale, la première est naturellement privilégiée (1). Dans d'autres cas, c'est l'élément temporel qui détermine la résolution de conflit entre deux normes internationales successives (2).

#### 1. *Lex specialis derogat legi generali*

**868.** Le principe de spécialité dépend du contenu des règles pénales en cause. Confronté à plusieurs normes internationales pénalement effectives, le juge pénal applique la règle qui se rapproche le plus des faits litigieux. Par cela, le juge considère que les règles non-appliquées comme des normes générales moins adaptées à régir le cas d'espèce.

**869. Le droit à un juge impartial.** Dans une affaire de falsification de chèques et usage, la Cour d'appel de Reims a déclaré irrégulière la composition du tribunal pour enfants ayant siégé sous la présidence du juge des enfants qui avait procédé à l'instruction du dossier. La motivation de la cour d'appel est fondée sur la réunion en une même personne des fonctions d'instruire et de juger, ce qui serait incompatible avec la garantie du droit à un juge impartial au sens de l'article 6§ 1 de la CESDH.

---

1772 FRANÇOIS Lyn, *op. cit.*, p. 2958.

La Chambre criminelle n'approuve pas le raisonnement des juges du fond. Elle relève d'office un argument tiré du Pacte international des droits civils et politiques. En vertu de l'article 14-4 dudit Pacte, « *la procédure applicable aux jeunes gens qui ne sont pas encore majeurs au regard de la loi pénale tiendra compte de leur âge et de l'intérêt que présente leur rééducation* ». Pour la Chambre, il existe bien une règle de procédure selon laquelle « *un même magistrat ne peut exercer successivement, dans une même affaire, les fonctions d'instruction et de jugement* »[1773]. Cependant, dans un souci éducatif, l'ordonnance du 2 février 1945 a permis une dérogation à cette règle qui ne méconnaît pas les dispositions de la CESDH pour raison que cette dérogation « *entre dans les provisions de l'article 14 du Pacte* » reconnaissant « *la spécificité du droit pénal des mineurs* ».

**870.** Sans évoquer de conflit, Jean Pradel compare dans son analyse de cet arrêt entre les « *termes très généraux* » de la Convention européenne et la reconnaissance du « *particularisme* » du droit pénal des mineurs par le Pacte international pour déduire l'admission du principe du cumul[1774]. Selon notre analyse, entre les deux instruments de protection des droits de l'homme, la Chambre criminelle a privilégié la dérogation spéciale du Pacte sur la garantie générale de la Convention européenne. Or, la jurisprudence de la CEDH[1775], ainsi que celle du Conseil constitutionnel[1776], ont incité le législateur français à remédier à cette atteinte au principe d'impartialité des juridictions. Ainsi, le juge des enfants qui renvoie une affaire devant le tribunal des enfants ou le tribunal correctionnel pour mineurs ne peut présider aucune de ces juridictions.

### 2. *Lex posterior derogat priori*

**871.** Cette solution est prônée lorsque se poursuivent dans le temps deux conventions internationales organisant la même question de droit. Dans cette hypothèse, si le principe *lex specialis* est inapplicable, le juge pénal est tenu d'appliquer la convention postérieure comme dernière expression de la volonté normative. « *Cette prévalence du principe de temporalité actualisant s'explique par ce naturel souci de ne pas entraver l'évolution des règles de droit, de veiller à ce qu'elles demeurent, dans la mesure du possible, dans un rapport d'adéquation temporelle avec les phénomènes qu'elles régissent* »[1777].

---

1773 Cass. Crim., 7 avril 1993, *B.* n° 152, p. 381 ; *RSC* 1994, p. 67, comm. HUYETTE.

1774 Cass. Crim., 7 avril 1993, *D.* 1993, p. 553, note PRADEL.

1775 CEDH, 4e sec., Adamkiewicz c/ Pologne, 2 mars 2010, n° 54729/00.

1776 Cons. Const., 8 juillet 2011, n° 2011-147 QPC, *Recueil* p. 343 ; *RSC* 2011, p. 728, note LAZERGES.

1777 GUERCHOUN Frédéric, « La primauté constitutionnelle de la Convention européenne des droits de l'homme sur les conventions bilatérales donnant effet aux répudiations musulmanes », *JDI (Clunet)* n° 3, Juillet 2005, doctr. 9, p. 5-6. L'auteur ajoute également une justification de nature psychologique pour l*a priori*té donnée à la norme internationale postérieure : « Une autorité normative n'œuvre jamais dans le néant. La règle qu'elle élabore vient nécessairement prendre place au sein d'un ordonnancement juridique exempt de vide, de sorte qu'elle heurte inévitablement une autre règle plus ancienne régissant une question de droit identique. Or, étant présumé agir dans son souci d'efficacité, ou à tout le moins d'utilité, l'organe à l'origine de cette nouvelle règle entend

… / …

**872. L'activité des pêcheurs espagnols dans la mer territoriale française.** La succession d'instruments internationaux dans le temps s'est présentée dans une affaire relative à l'activité des pêcheurs espagnols dans la mer territoriale française. Le droit français interdisait la pêche aux étrangers dans les eaux territoriales de la France, sous peine d'amende. Cependant, aux termes de la Convention de Londres du 9 mars 1964, les ressortissants espagnols jouissaient du droit de pêcher dans les eaux françaises dans une zone délimitée, consacrant ainsi un fait justificatif pour leurs comportements. Ultérieurement, des règlements communautaires ont été adoptés dans un souci de conservation des ressources maritimes et l'interdiction originale est rétablie. Alors que la Cour d'appel privilégie l'application du premier traité, la Chambre criminelle de la Cour de cassation fit prévaloir les textes internationaux les plus récents sur l'accord franco-espagnol antérieur[1778]. Pour la Chambre, les règlements postérieurs « *se sont substitués au régime précédemment applicable à ces zones, pour tenir compte de l'évolution générale du droit international dans le domaine de la pêche en haute mer ainsi que du besoin, de plus en plus urgent, de la conservation des ressources biologiques de la mer* »[1779]. Le conflit réel entre normes conventionnelles pénalement effectives se résout au profit des normes postérieures.

logiquement qu'elle s'applique, volonté qui serait finalement réduite à néant si la mise en œuvre de la norme qu'il s'agit de remplacer ou seulement de modifier continuait à s'appliquer ».

1778 LACHAUME Jean-François, « Jurisprudence française concernant le droit international public — Année 1983 », *AFDI* 1984, vol. 30, p. 916.

1779 Cass. Crim., 15 mars 1983, Inédit, consulté sur : *legifrance.gouv.fr* ; cité par LACHAUME Jean-François, *op. cit.*, p. 916.

## CONCLUSION DU CHAPITRE II

**873.** Les normes internationales dotées d'une effectivité pénale considérable se matérialisent par une technique d'application directe où disparaît la loi nationale de la solution du cas. L'emploi de ces techniques est intimement lié à la place des conventions internationales dans la hiérarchie des sources de droit pénal. Ces techniques s'apparentent dans certains cas à des méthodes de résolution du conflit entre les normes juridiques. Comme pour l'application indirecte, il existe trois niveaux de techniques d'application directe proportionnels à l'effectivité pénale de la norme internationale.

**874.** En premier niveau, la norme internationale se limite à écarter une loi pénale contraire. C'est l'effet le plus retrouvé dans la jurisprudence pénale comparée. Les normes internationales, objets de cette technique, sont généralement des droits conventionnels justiciables qui posent des restrictions au droit de punir de l'État. La Constitution française confère une « *autorité supérieure* » au traité, alors que les constitutions égyptienne et américaine les placent dans le même rang hiérarchique que la loi interne. Cette différence induit des spécificités dans l'emploi de la technique d'exclusion. Par une évolution jurisprudentielle progressive, le juge pénal français est tenu, par le contrôle de conventionnalité, d'écarter la loi interne contraire qu'elle soit antérieure ou postérieure à la convention. Cet élément temporel garde plus d'importance devant les juridictions pénales américaines et égyptiennes qui restent obligées de respecter la dernière volonté législative. Or, des modifications constitutionnelles (Égypte) ou des révoltes jurisprudentielles (États-Unis) ont relativement réduit la portée de ce principe.

**875.** En deuxième niveau, la norme internationale peut, après avoir écarté la loi nationale, remplacer cette dernière en fournissant une prescription précise pour le juge pénal. La norme internationale pénalement effective peut également fournir la solution juridique dans les cas qui n'ont pas été prévus par la loi nationale en se substituant à elle. Dans les deux cas, le traité international remplace la loi interne comme texte applicable. Les dispositions conventionnelles appliquées sont généralement des normes pénales classiques de fond et de forme. Ainsi, l'emploi de cette technique nécessite une effectivité pénale plus importante que celle de la technique d'exclusion. Dans cette dernière hypothèse, la norme internationale invoquée est généralement un droit conventionnel justiciable qui pose des restrictions au droit de punir de l'État. Les droits conventionnels ne sont pas conditionnés par le même critère de précision recherchée dans les normes pénales classiques employées dans le cadre de la technique de remplacement.

**876.** En troisième lieu, le sommet des techniques d'application directe est représenté par la combinaison de plusieurs conventions internationales. Cette hypothèse constitue une particularité de la jurisprudence française par rapport à ses homologues en droit comparé. La multiplication des instruments internationaux de lutte contre la criminalité et d'universalisation des droits de l'homme peut donner lieu à des hypothèses où se présentent devant le juge pénal deux conventions internationales, constitutionnellement valides et pénalement effectives, applicables aux faits de l'espèce. Le juge pénal comparé se trouve ainsi entre deux choix. Dans une hypothèse appropriée, il peut mettre en complémentarité les diverses normes

conventionnelles applicables au cas d'espèce. Néanmoins, un antagonisme irréconciliable peut se présenter entre les dispositions de source internationale et le juge pénal sera tenu de le résoudre au profit de l'une d'entre elles. La jurisprudence non-pénale tend vers une hiérarchisation matérielle entre les différents traités. En revanche, le juge pénal national semble privilégier les règles traditionnelles de résolution de conflit des normes, à savoir la *lex specialis* et la *lex posterior*.

## CONCLUSION DU TITRE II

**877.** Une fois le champ d'application de la convention déterminé et ses termes clarifiés, le juge pénal national peut matérialiser, dans le cas d'espèce, l'effectivité pénale enfermée dans la norme internationale par l'emploi d'une technique d'application adaptée.

**878.** La synthèse des techniques d'application des conventions internationales dans la jurisprudence pénale comparée a permis d'induire un principe général en la matière. Plus la norme pénale conventionnelle accumule les conditions de l'effectivité pénale, plus s'intensifie son effet dans le cas concret. Une ligne de partage a été tracée entre application directe et application indirecte, le critère de distinction étant le texte applicable. Quand l'effectivité pénale de la norme internationale est relativement réduite, son rôle se limite à fournir au juge pénal national un outil interprétatif de la loi interne, texte applicable au cas d'espèce. La norme internationale est ainsi utilisée pour confirmer, conformer ou clarifier le droit pénal interne. En revanche, lorsque la norme internationale dépasse un certain seuil d'effectivité pénale, elle devient la source de droit pénal applicable. Les juridictions pénales nationales sont ainsi tenues d'écarter la loi interne contraire ou la remplacer par la norme internationale. Dans certaines hypothèses, le juge national sera même amené à combiner l'application de deux conventions internationales pénalement effectives dans le cas d'espèce.

**879.** Cette synthèse avait pour but de mettre en exergue les techniques d'application des conventions internationales concrètement employées dans les systèmes comparés. Elle démontre un rapprochement dans les réflexes des juridictions pénales nationales confrontées aux sources conventionnelles communes de droit pénal. Sans doute, la maîtrise progressive de ce savoir-faire spécifique et les évolutions des relations entre droit international et droit pénal interne pourront produire de nouvelles formes de matérialisation de l'effectivité pénale.

## CONCLUSION DE LA DEUXIÈME PARTIE

**880.** En lisant la recherche par les images du livre des morts des Anciens Égyptiens, les conditions d'application des conventions internationales ont été considérées comme les portes que la convention internationale doit franchir dans leur voyage dans le système interne. Par conséquent, les modalités d'application correspondent aux phases de jugement et de l'accès à l'Au-delà. Du moment qu'une convention internationale valide et pénalement effective est interprétée par le juge répressif (jugement), s'impose une dernière étape d'application concrète aux faits (sortir au jour). Les modalités d'application des conventions internationales constituent le moyen par lequel le juge national libère l'effet enfermé par la norme internationale dans l'espace pénal interne.

**881.** Pour libérer l'effectivité pénale de la norme internationale, celle-ci doit être interprétée de manière à délimiter son champ d'application et à déterminer le sens voulu par les parties au traité. La nature des conventions comme instrument interétatique, ainsi que leur objectif d'harmonisation globale du droit pénal interne des États, ont imposé une mission d'adaptation du travail interprétatif du juge pénal. Partagées entre le renvoi à l'exécutif et la compétence d'office, les juridictions répressives nationales entretiennent des dialogues, entre elles, avec des juridictions supranationales et des organes internationaux, qui tendent à l'harmonisation de l'interprétation des normes internationales pénétrant l'espace pénal interne. De surcroît, la prolifération de la pratique des réserves, rattachées à divers traités pénalement effectifs, a nécessité l'intervention du juge national. Ces déclarations unilatérales ont été conçues en droit international pour garantir l'adhésion d'un plus grand nombre d'États, mais le juge de leur validité n'a pas été imaginé. Ces lacunes dans le paradigme fonctionnel des réserves ont incité le juge national à intervenir pour contrôler leur validité formelle et substantielle pour ensuite les incorporer dans l'interprétation des normes internationales pertinentes.

**882.** Une fois l'étape d'interprétation terminée, le juge pénal national peut matérialiser, dans le cas d'espèce, l'effectivité pénale enfermée dans la norme internationale par l'emploi d'une technique d'application adaptée. Si l'effectivité pénale correspond à un bloc de marbre, une technique d'application employée par le juge pénal national correspond au travail d'un sculpteur qui libère la statue enfermée dans la pierre. Cette conception permet de mettre l'accent sur l'origine judiciaire de ces techniques de matérialisation du droit international conventionnel. Dans la mesure où la norme internationale jouit d'une importante effectivité pénale, elle constitue le texte applicable par le juge pénal et pourra se matérialiser par une technique d'application directe. En revanche, si son effectivité est moindre, le juge pourra utiliser le traité comme outil interprétatif de la norme pénale interne dans le cadre de l'application indirecte. Une convention dont l'effectivité est considérablement réduite ne pourra donc pas se matérialiser selon cette conception. Nous avons présenté ces techniques d'application par ordre croissant des effets de la convention sur la solution de la question juridique posée devant le juge pénal national.

# CONCLUSION GÉNÉRALE

**883.** Aux XIXe et XXe siècles, les premières avancées jurisprudentielles sur la question de l'application des conventions internationales concernaient rarement le droit pénal qui était cantonné dans un cadre restreint telles les conventions d'extradition ou de piraterie. Ainsi, la théorie de l'application des conventions internationales et sa terminologie ont généralement été forgées en dehors de l'espace pénal, surtout par la doctrine de droit public ainsi qu'une jurisprudence non-pénale. L'internationalisation progressive et exponentielle du droit pénal a mis de l'eau dans le vin de la souveraineté nationale. Désormais, les traités constituent une source importante pour le droit pénal national. Le caractère régalien du droit de punir s'érode et se contracte. Le défi de cette recherche a été de fournir au juge pénal, placé à l'intersection d'ordres juridiques distincts, une carte de navigation de l'application des conventions internationales adaptée à la boussole des principes de droit pénal. L'approche comparée a été privilégiée pour l'intérêt que porte la question suivante : comment une source internationale de droit pénal, commune à différents États, est « accueillie » par le système pénal interne et appliquée par des juges répressifs de traditions juridiques distinctes ?

**884.** Pour relever le défi, il a fallu *a priori* comprendre le contexte dans lequel il s'inscrit. Dans le *monde des idées*, l'articulation entre ordre international et ordre interne a fait l'objet de différentes conceptions : unification, séparation ou interaction. Les représentations de ces idées dans le monde sensible, dans les ordres juridiques internes, dépendent des choix faits par les États souverains. Qui dit souveraineté, dit protectionnisme et aucun domaine juridique n'incarne cette notion protectionniste comme le fait autant le droit pénal. Si l'ensemble des États comparés ont posé une écluse pour permettre le passage du droit international à travers le barrage de la souveraineté, c'est-à-dire une disposition constitutionnelle relative à l'introduction et à l'autorité du droit international, il fallait également prendre en considération l'élément humain : le juge pénal responsable de la manœuvre de l'écluse. Ce juge est formé et exerce sa mission au sein d'une culture juridique donnée qui produit une certaine conception du droit pénal et du rôle du juge pénal. Cette culture influence inéluctablement les choix du juge pénal, comme il est animé par sa propre culture et son ouverture au monde extérieur. Somme de ces éléments, le juge pénal canalise les vaisseaux internationaux dans le système juridique interne. Mais, seule la flotte des conventions internationales a été retenue parmi les sources diverses de droit international.

**885.** À partir de cette contextualisation, la recherche de l'application des conventions internationales par le juge pénal national s'est construite autour de deux idées principales. Avant de dérouler un effet sur les faits d'espèce, le juge pénal examine *les conditions d'application des conventions internationales*. Un traité applicable doit être conforme à une référence externe — la Constitution —, comme il doit être doté d'une capacité intrinsèque à produire des effets dans l'ordre pénal interne. Une fois ces conditions réunies, le juge national libère l'effet enfermé dans la norme internationale. *Les modalités* empruntées par le juge pénal lui permettent de déterminer le champ d'application de la norme internationale par son travail interprétatif. En dernière étape, les effets de la norme internationale sont matérialisés par des techniques d'application adaptées à la qualité intrinsèque de celle-ci.

Trois axes principaux ont globalement guidé la recherche : l'adaptation, la construction et la synthèse.

**886. L'adaptation.** Au regard du fait qu'il est lié à la définition des valeurs sociales, qu'il est lourd de conséquences sur la liberté individuelle, le droit pénal a nécessité une adaptation de la théorie d'application des conventions internationales. Cette adaptation, ou inculturation comme on l'a nommée, devait prendre en compte les principes directeurs du droit pénal, notamment le principe de légalité et ses corollaires. Bien évidemment, l'analyse a démontré que certaines questions posées devant les juridictions répressives n'ont rien de spécifique à la matière pénale. On peut mentionner par exemple la question classique du contrôle de la ratification. À vrai dire, les Chambres criminelles égyptienne et française sont appelées à gagner de l'audace et suivre l'exemple des autres formations de la Cour de cassation, ainsi que celui des juridictions administratives, dans un exercice plus poussé et plus dynamique du contrôle de ratification.

L'adaptation a été surtout repérée dans l'analyse des conditions d'application des conventions internationales, notamment au niveau de la condition de validité. À titre d'exemple, nous avons soutenu que le principe de légalité remanie l'exigence formelle de publication des traités sur deux points. En premier lieu, la publication des annexes est nécessaire pour les doter de la force juridique. Ainsi, ont été critiqués les arrêts répressifs français qui ont ignoré cette exigence, surtout au regard de certaines annexes qui contribuent à la définition d'infractions nationales. Plus importante encore est la question de l'entrée en vigueur de la convention internationale. *A priori*, la date de l'entrée en vigueur d'un traité est identique à celle de la loi et l'acte administratif : le lendemain de la publication en France et trente jours après la même date en Égypte. Cependant, l'examen de différentes conventions a démontré l'existence de dispositions internationales régissant la date d'entrée en vigueur du texte international, traditionnellement un délai à compter du dépôt de l'instrument de ratification. Honorer cette date internationale revient à doter le traité d'une application rétroactive, comme l'ont fait plusieurs juridictions françaises, y compris la Chambre criminelle. Cette solution ne peut pas être acceptée au regard du principe de la non-rétroactivité de la loi pénale ainsi que du rôle même de la publication dans la transformation du traité en source de droit pénal.

Par ailleurs, la nature spécifique des normes internationales et le halo du principe *pacta sunt servanda* se sont ajoutés au bouclier des « *actes de haute administration* », radiations du droit public, pour développer chez le juge pénal égyptien et français un tabou du contrôle de la conformité substantielle des conventions. Les effets du droit pénal sur la liberté individuelle et le rôle du juge pénal dans la protection de cette liberté ont également nécessité l'adaptation de ce contrôle. Le juge pénal national est invité à proclamer le pouvoir d'exclure une norme internationale contraire à la Constitution, notamment au regard de l'internationalisation extensive du droit pénal et les lacunes dans la machinerie institutionnelle du contrôle de leur validité substantielle.

Tout processus d'inculturation est réciproque. Comme la culture *invitée* influence la culture *hôte*, l'inverse est également vrai. Nous avons analysé des instances d'adaptation du système pénal interne à la nature et aux objectifs du mouvement d'internationalisation. Dans le domaine d'interprétation, le juge pénal prend en considération les canons de l'ordre international comme la bonne foi et le recours aux moyens complémentaires d'interprétation, à savoir les travaux préparatoires. Les conventions internationales en matière pénale ont pour objectif l'harmonisation du droit interne des différentes parties contractantes en matière de lutte contre la criminalité, de droits individuels ou de règles de poursuite et de coopération interétatique. En l'absence d'une instance supranationale, il semble que les juridictions répressives internes s'efforcent d'assurer les objectifs des conventions en se tournant vers les interprétations données par des instances étrangères au système juridique interne. Le juge pénal national choisit de déférer à l'interprétation de juridictions internationales comme la Cour internationale de justice ou à celle de ses homologues dans les autres États parties à la convention. Ce dialogue judiciaire autour de textes conventionnels communs tend vers l'harmonisation de leur interprétation. De surcroît, dans la mesure où des organismes spécifiques sont associés à la négociation, à la rédaction ou au contrôle de certaines conventions internationales, il semble que le juge pénal prête plus d'attention à leur contribution dans l'exercice de son travail interprétatif.

Le juge pénal national adapte également son pouvoir interprétatif aux exigences du droit international en matière de réserves, régime conçu pour ouvrir aux États une troisième voie entre l'acceptation complète ou le refus intégral d'une convention internationale. La Convention de Vienne sur le droit des traités, ratifiée par l'Égypte et de nature coutumière dans les systèmes américain et français, constitue le texte-clé en la matière. À titre d'exemple, ce *super-traité* exige que la réserve rattachée à une norme internationale réponde au but et à l'objectif du traité. Le contrôle de validité des réserves trouve ainsi son fondement, non dans les textes internes constitutionnels ou législatifs, mais dans la convention internationale. Au regard de l'enjeu d'adaptation de l'exercice interprétatif du juge pénal à la nature des conventions internationales et leurs objectifs, la réserve égyptienne de conformité à la Charia a été critiquée en raison de son caractère général et imprécis.

**887. La construction.** L'« *effet direct* » est généralement présenté comme la condition substantielle fondamentale à l'application des conventions internationales par le juge national. Cette notion prête à confusion que ce soit au niveau terminologique ou conceptuel. Par ailleurs, elle est devenue anachronique. L'idée de l'effet direct a été élaborée à un moment de l'histoire où régnait une certaine vision des conventions internationales : des instruments qui régissent principalement des relations interétatiques et ne consacrent des droits pour les particuliers que sur un plan secondaire. Cette vision n'est plus d'actualité. Le monde globalisé, proche, ouvert, a produit un droit international qui met le curseur sur les droits individuels. Pour notre sujet de recherche, cette notion forgée hors de l'espace pénal n'arrive pas à cerner les nuances liées aux qualités spécifiques des normes appliquées par le juge pénal. Ainsi, on a observé que les juridictions françaises, à titre d'exemple, mentionnent l'effet direct ou l'applicabilité directe pour discuter de situations variées telles l'imprécision de la norme pénale internationale ou

l'absence de consécration de droits individuels par la convention. La situation est identique dans la jurisprudence pénale américaine où le terme *self-executing* est amplement brandi sans distinction.

À ce titre, la simple adaptation des conditions substantielles d'application des traités aux enjeux du droit pénal et la qualité spécifique de ses normes auraient été un travail insuffisant. Nous avons soutenu qu'il faut construire une nouvelle notion de l'*effectivité pénale*, définie comme la capacité de la norme internationale à engendrer des effets dans l'espace pénal interne. Deux catégories de normes internationales pénètrent l'ordre interne : des normes pénales classiques et des normes protectrices de droits subjectifs. Cette différence de nature normative a induit une distinction au niveau des critères exigés par le juge pénal national.

En premier lieu, les normes pénales conventionnelles, de nature et de source, doivent répondre aux exigences du principe de légalité, « *clé de voûte* » du système répressif. Pour qu'une convention puisse créer une infraction dans l'ordre interne, ses normes doivent être pénalement complètes, réunissant « *incrimination* » et « *sanction* » comme deux éléments constitutifs. L'attachement des différents États à leur souveraineté et la diversité de leurs systèmes répressifs expliquent la rareté des infractions complètes de source internationale. Pour reprendre les mots de Claude Lombois, il faut le « *souffle* » de la loi interne « *pour l'animer* ». Par conséquent, le législateur national intervient pour compléter les lacunes caractéristiques des traités en conjuguant l'obligation internationale de punir à d'autres éléments de droit pénal interne, à savoir la sanction. Cette technique de renvoi a soulevé des questions par rapport à la complétude du dispositif de répression des crimes contre l'humanité en droit pénal français. Le renvoi de la loi de 1964 à l'Accord de Londres a été analysé par la doctrine comme étant d'effet incriminateur. « *La plus grande imperfection est de se croire parfait* ». La jurisprudence de la Chambre criminelle, en matière de crimes contre l'humanité, semble analyser la loi de 1964 comme une constatation d'une infraction complète au lieu de la perfection de celle-ci. Au regard du critère de complétude, nous avons déterminé que la nature particulière de ces crimes et leur appartenance à un système répressif spécifique ont autorisé l'apport jurisprudentiel en la matière.

De même, les normes pénales de source conventionnelle doivent respecter une certaine qualité matérielle exigée par le principe de légalité. Le droit pénal met en jeu la protection des libertés individuelles. Par conséquent, les incriminations et les sanctions doivent être rédigées de manière claire et précise pour être accessibles aux individus et éviter l'arbitraire. Comme en tradition de droit civil, cette exigence est identiquement vénérée dans la *Common Law* américaine, comme l'atteste la centralité de la « *vagueness doctrine* ». Si cette exigence de précision concerne traditionnellement les règles pénales de fond, les mêmes enjeux sous-jacents, relatifs à la protection de la liberté individuelle, nécessite une extension de cette condition aux règles de forme. Sans proclamer un principe de légalité procédurale, la jurisprudence pénale comparée semble attacher une importance particulière à la précision des normes formelles de source conventionnelle.

En deuxième lieu, les normes internationales protectrices de droits individuels ont nécessité un travail de *reconstruction*. De manière générale, ces normes doivent répondre à l'exigence classique de subjectivité, c'est-à-dire s'adresser aux individus comme sujets et ne pas se limiter à créer des obligations à la charge des États parties. Ainsi, un droit conventionnel est justiciable dans la mesure où l'individu est son destinataire. En droit pénal, ces normes constituent généralement des garanties procédurales ou des restrictions au droit de punir qui peuvent être invoquées dans le cadre d'une poursuite pénale. Or, les spécificités du droit pénal américain ont conduit à repenser la justiciabilité des droits conventionnels au-delà de la question du destinataire de la norme. Nous soutenons qu'il faut ainsi prendre en compte la capacité du juge pénal à prendre appui sur la stipulation de tels droits afin de motiver le dispositif de sa décision. Des obstacles dans le système national peuvent empêcher le juge pénal de sanctionner la violation d'un droit conventionnel malgré le fait que celui-ci s'adresse aux particuliers. En droit américain, les obstacles à la justiciabilité des droits conventionnels sont parfois d'ordre juridique. La question du *remedy* (correctif pénal) et l'exigence de sa consécration explicite dans le texte du traité constitue l'illustration la plus importante. Un obstacle politique est représenté par les déclarations d'ineffectivité du Sénat dont l'objet est d'empêcher le juge pénal de s'appuyer sur un droit conventionnel, normalement justiciable selon la conception classique. Finalement, pour que le juge pénal de droit puisse exercer son pouvoir de sanction de la violation des droits individuels, la convention internationale doit être invoquée à un moment convenable du procès pénal. Dans l'ensemble des droits comparés, une contrainte procédurale est posée par la forclusion du moyen nouveau tiré d'un droit conventionnel.

L'« *effectivité pénale* », ainsi construite, permet de cerner les différentes normes internationales pénétrant l'espace pénal interne, tout en respectant les spécificités de ce dernier. Par ailleurs, cette conception permet de dépasser la classification manichéenne classique selon laquelle soit la norme internationale est applicable, soit elle ne l'est pas. Du moment où la norme internationale est valide, elle possède un potentiel d'application en droit pénal. L'effectivité pénale est objet de nuances et elle est directement proportionnelle à l'intensification des critères que la norme internationale réunit, permettant par-là d'imaginer *des* applications, au lieu d'*une* application.

**888. La synthèse.** Pour cerner les différentes applications des normes internationales par le juge pénal national, nous avons effectué un travail de synthèse des différentes solutions adoptées par les juridictions comparées en la matière. Ni les constitutions comparées, ni le droit international ne dessinent la manière par laquelle l'effectivité de la norme internationale doit être matérialisée. C'est la pratique du juge pénal qui, par essais et erreurs, produit un ensemble accumulé de savoirs spécifiques au sujet de l'application des conventions internationales. Le terme « technique » a été ainsi privilégié pour mettre l'accent sur l'origine judiciaire de ces techniques et l'existence d'un savoir spécifique à la réalisation du droit conventionnel.

La synthèse des techniques d'application des conventions internationales dans la jurisprudence pénale comparée a permis d'induire un principe général en la matière. Plus la

norme pénale conventionnelle accumule les conditions de l'effectivité pénale, plus son effet s'intensifie dans le cas concret. Par la lecture de la matière première très riche, une ligne de partage a été tracée entre application directe et application indirecte, le critère de distinction étant le texte applicable. Quand l'effectivité pénale de la norme internationale est relativement réduite, son rôle se limite à fournir au juge pénal national un outil interprétatif de la loi interne, texte applicable au cas d'espèce. La norme internationale est ainsi utilisée pour confirmer, conformer ou clarifier le droit pénal interne. En revanche, lorsque la norme internationale dépasse un certain seuil d'effectivité pénale, elle devient la source de droit pénal applicable. Les juridictions pénales nationales sont ainsi tenues d'écarter la loi interne contraire ou la remplacer par la norme internationale. Dans certaines hypothèses, le juge national sera même amené à combiner l'application de deux conventions internationales pénalement effectives dans le cas d'espèce. Cette synthèse a démontré un rapprochement dans les réflexes des juridictions pénales nationales confrontées aux sources conventionnelles communes de droit pénal. Sans doute, la maîtrise progressive de ce savoir-faire spécifique et les évolutions des relations entre droit international et droit pénal interne pourront produire de nouvelles formes de matérialisation de l'effectivité pénale.

**889. L'approche de droit pénal comparé.** Dans une configuration de droit comparé, chaque juge pénal national « *peut apporter sa pierre à la construction d'ensemble et espérer inspirer les autres, à condition d'adopter une motivation adéquate* »[1780]. Si l'on a émis des critiques à propos de certains réflexes judiciaires, il faut aussi pouvoir admettre la convenance d'autres solutions apportées par le juge pénal en matière d'application des traités. L'approche de *la jurisprudence pénale française* est appréciable dans la mesure où y figurent presque toutes les techniques d'application directe et indirecte. Il faut également noter le contrôle méticuleux du juge français à l'égard du critère de précision des normes pénales de source conventionnelle. On peut apprécier l'exercice du *juge pénal américain* dans le contrôle de validité substantielle de la Convention, surtout pour la protection des droits fondamentaux. On peut également féliciter le libéralisme du *juge pénal égyptien* par rapport à la question de justiciabilité des droits conventionnels ainsi que son appropriation continue de la compétence d'interprétation des normes internationales.

**890. Telle culture juridique, tel système répressif, telle méthodologie du juge pénal.** L'étude comparée a permis de relever des tendances générales assez intéressantes. Chaque système juridique produit des spécificités liées à sa conception du droit pénal et du rôle du juge répressif. Ces spécificités ont considérablement influencé l'approche jurisprudentielle de l'application des traités.

Le contrôle de la validité substantielle des traités a offert l'illustration la plus marquante. Deux éléments de la culture juridique ont imposé de distinguer entre les États-Unis, d'un côté, et l'Égypte et la France de l'autre : la conception de la séparation des pouvoirs et la

1780 DE LAMY Bertrand, « Propos introductifs », *in* MALABAT Valérie (dir.), *Juge national, européen, international et droit pénal*, Actes de la journée d'étude organisée le 24 juin 2011 par l'Institut de Sciences Criminelles et de la justice de Bordeaux, Cujas, 2012, p. 5.

concentration ou la diffusion du contrôle de constitutionnalité. Ainsi, la facilité avec laquelle le juge pénal américain contrôle la validité substantielle des traités est due à son rôle comme gardien de la Constitution fédérale que ce soit au niveau du calibrage du fédéralisme pénal ou celui de la protection des droits de défense.

Par la même loupe, nous avons analysé la réserve égyptienne de conformité à la Charia, rattachée par l'État égyptien à de nombreux instruments de droits de l'homme pénalement effectifs. Les motivations de la rédaction de cette réserve ont été lues par le spectre de l'article 2 de la Constitution qui consacre « *les principes de droit musulman* » comme « *la source principale de législation* ». La tradition juridique égyptienne a ainsi installé un filtre d'islamité pour l'interprétation des conventions internationales. Il a fallu comprendre les nuances de la place de la Charia en droit pénal égyptien et devant le juge pénal national pour pouvoir comprendre l'effet concret de cette réserve en matière d'application des conventions internationales.

Un dernier exemple des spécificités liées aux systèmes juridiques comparés est la question du *remedy* en droit pénal américain. Nous avons dégagé une Pierre de Rosette pour pouvoir déchiffrer la logique derrière le refus du juge pénal américain de sanctionner la violation des droits de source conventionnelle, notamment le droit de notification consacré par l'article 36 de la Convention de Vienne sur les relations consulaires. Selon la conception romano-germanique, l'existence d'un droit subjectif se traduit forcément par la possibilité de s'en prévaloir devant une juridiction. En revanche, le formalisme de la *Common Law* a produit l'adage *Remedies precede Rights*. Le correctif de la violation des droits individuels aux États-Unis, tel que l'*exclusionary rule* (l'exclusion de preuves pénales déloyales), est toujours légal. Le juge pénal ne peut déclarer un correctif virtuel que dans le cas d'une violation d'un droit constitutionnel. Si le droit individuel est consacré par la loi ou par un texte du même rang juridique, c'est-à-dire une convention internationale, il n'a pas de valeur substantielle : ou bien le texte même doit explicitement prescrire le correctif de la violation du droit ou bien le législateur doit intervenir pour prévoir ce correctif. Cette couche supplémentaire nécessaire à la justiciabilité des droits conventionnels est absente des systèmes égyptien et français.

**891. Le renversement des rôles classiques ou leur rapprochement ?** L'approche comparée a permis de dégager une deuxième observation générale relative aux systèmes répressifs. Le juge pénal de la *Common Law*, généralement présenté comme un juge créatif au pouvoir étendu, fait des choix plutôt restrictifs. Au contraire, le juge pénal de tradition civiliste en Égypte et en France, censé être la « *bouche de la loi* », développe son pouvoir exponentiellement. Alors que le juge pénal dans ces deux derniers États s'émancipe, la jurisprudence américaine semble développer un complexe d'Œdipe.

À titre d'exemple, nous avons analysé comment le juge pénal américain tient à l'intention unilatérale de son État pour conférer des droits aux individus par les traités. De même, ce juge réserve une valeur substantielle à l'interprétation des normes internationales fournie par le *State Department*. Il exécute la volonté du Sénat dans le cadre des déclarations d'ineffectivité. En contraste, ces homologues égyptien et français s'approprient la compétence d'interprétation. Avec l'avènement des instruments internationaux de protection de droits de l'homme, le juge

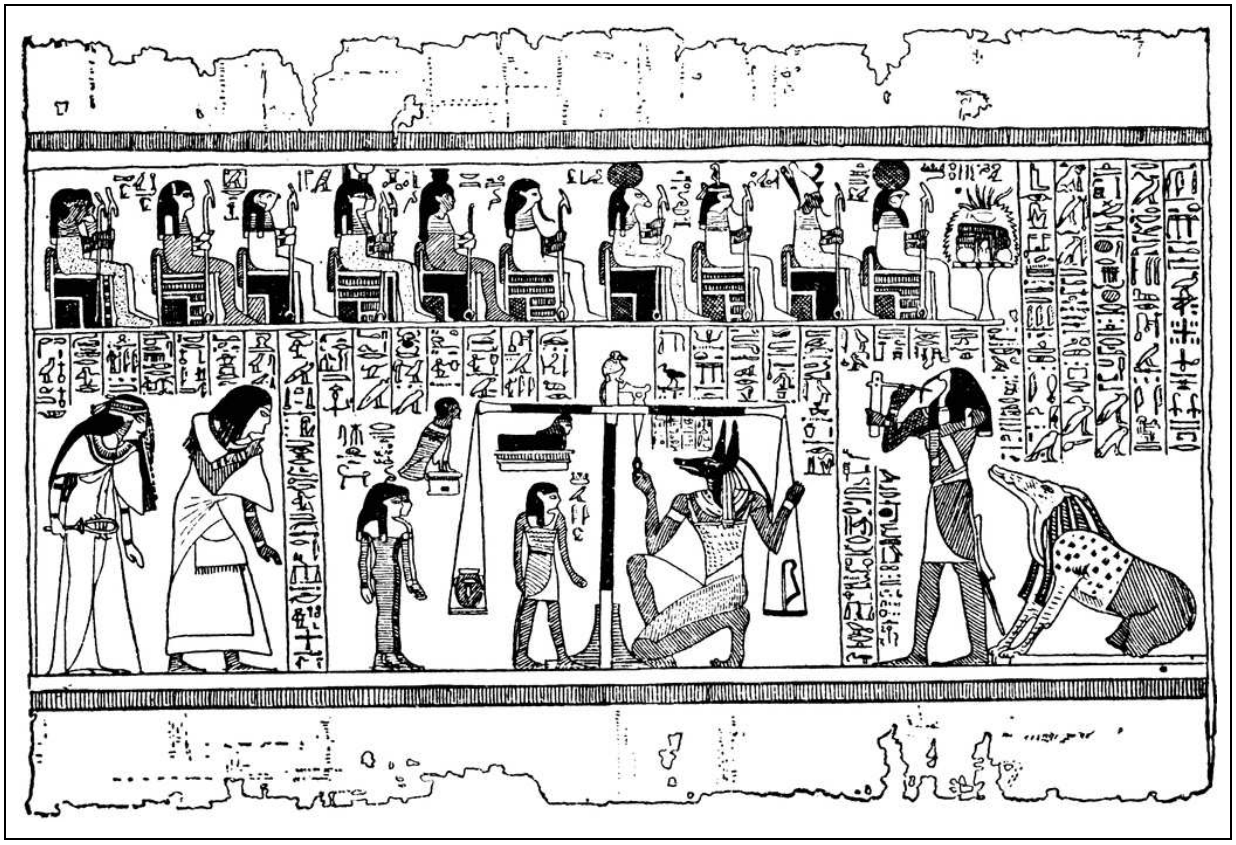
français s'est déclaré juge de la conventionnalité des lois. Ces instruments énonçant les mêmes principes que la Constitution française, le juge pénal français se transforme en un « *quasi-juge constitutionnel* »[1781]. De son côté, la Chambre criminelle égyptienne a précisé qu'elle est tenue de respecter la Constitution comme texte suprême. À plusieurs reprises, elle s'est donnée le droit d'écarter, *inter partes*, des normes contraires à la Constitution. Même si la Haute Cour constitutionnelle garde le pouvoir de prononcer l'inconstitutionnalité *erga omnes*, cette évolution dans le rôle du juge pénal doit être notée.

**892. Perspectives.** Tous les éléments précédents ouvrent la porte à une interrogation sur le rôle classique du juge pénal dans les systèmes comparés. Il faudra également penser à la reconfiguration du principe de légalité à l'aune de l'extension du mouvement de l'internationalisation du droit pénal, ainsi que le rôle accru du juge pénal en la matière. En vérifiant les conditions d'application des conventions internationales, le juge agit concrètement sur les sources de droit pénal interne, de même lorsqu'il écarte une loi inconventionnelle. Finalement, nous espérons que notre recherche pourra fournir, par son analyse comparée de la pratique du juge pénal, des perspectives à l'étude plus globale de l'articulation entre ordre international et ordre interne.

1781 DE BECHILLON Denys, « De quelques incidences du contrôle de la conventionalité internationale des lois par le juge ordinaire », RFDA, 1998, p. 226.

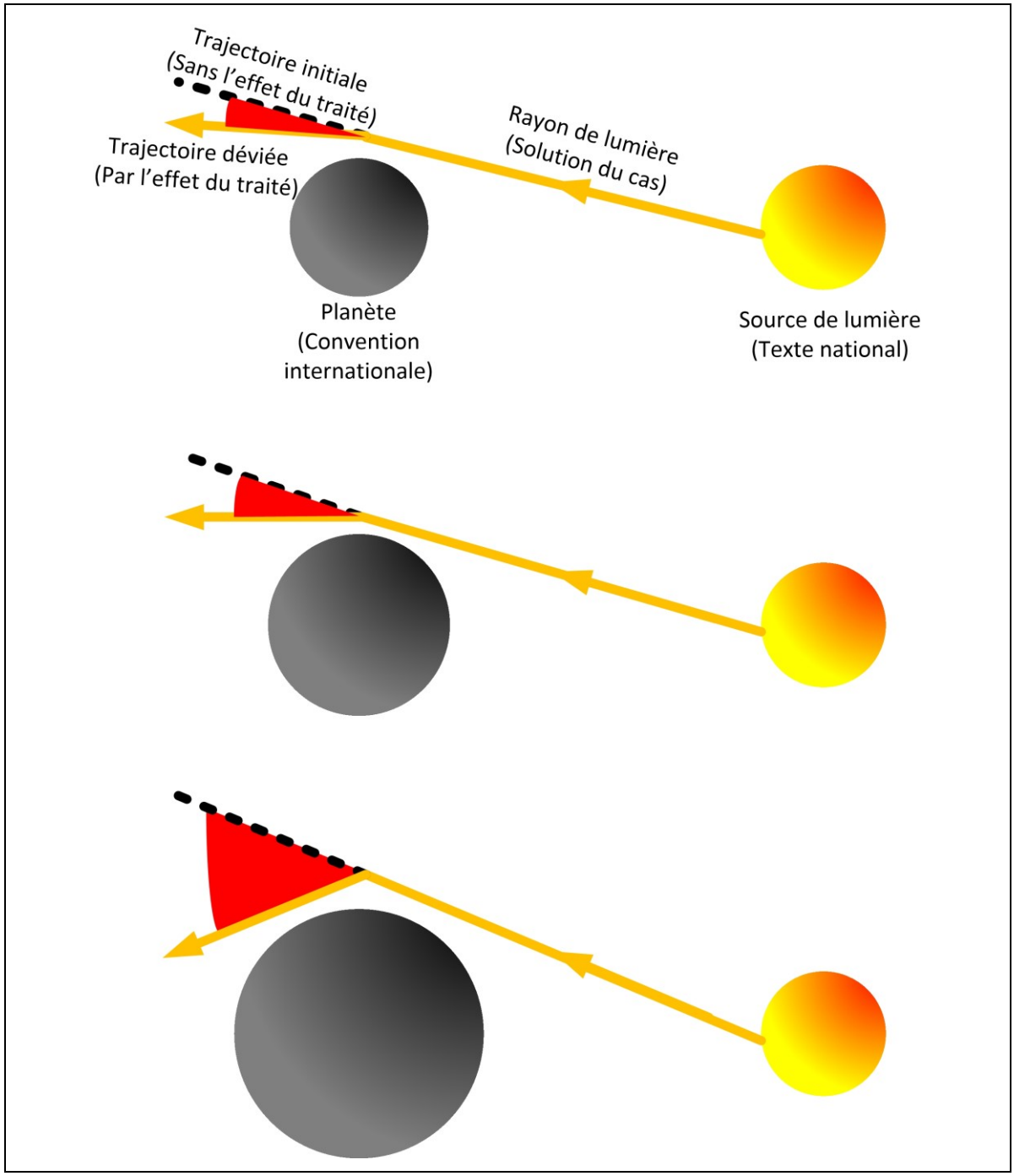
# ANNEXES

# ANNEXE 1.
# LIVRE DES MORTS DES ANCIENS ÉGYPTIENS



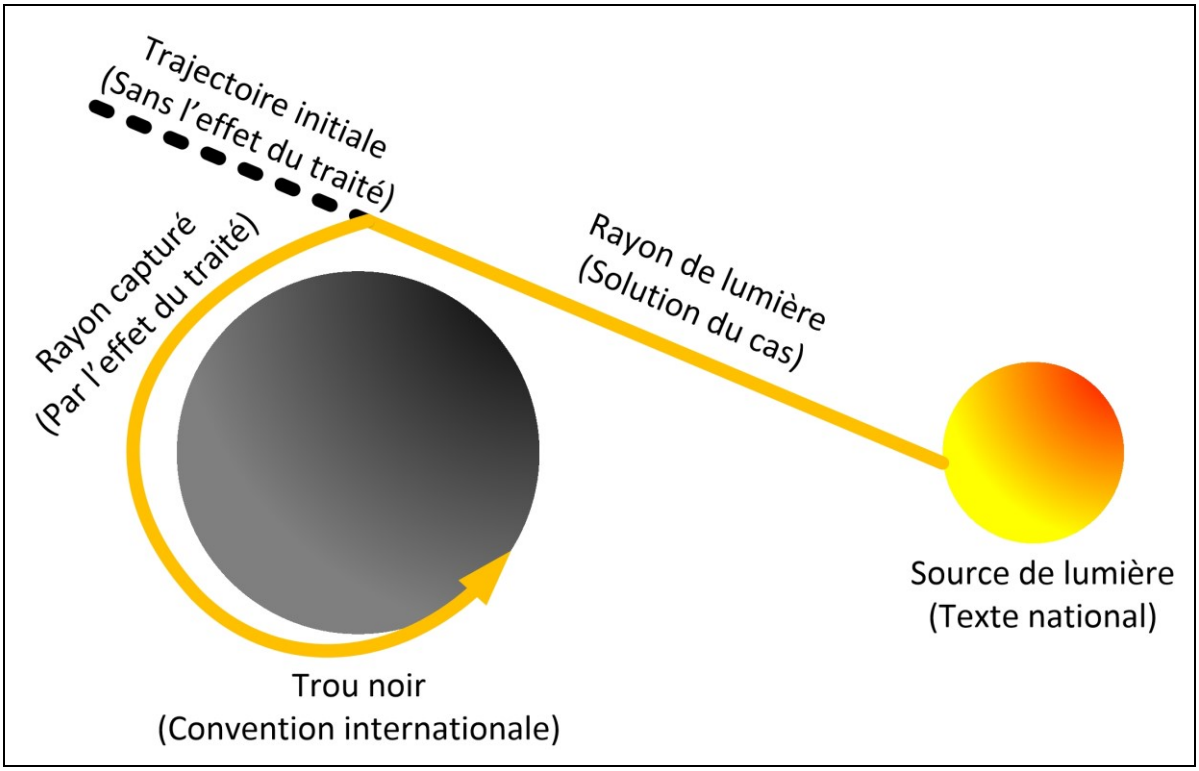
Educational Technology Clearinghouse (etc.usf.edu)

# ANNEXE 2.
# LES TECHNIQUES D'APPLICATION INDIRECTE




Notre conception, réalisée par M. Islam Ramadan

# ANNEXE 3.
# LES TECHNIQUES D'APPLICATION DIRECTE




Notre conception, réalisée par M. Islam Ramadan

# ANNEXE 4.
# MONISME : UNE FABLE

Il est fable théâtralement professée
Aux chérubins arpentant facultés,
Triste fable intitulée, n'en déplaise,
Monisme constitutionnel à la française.

Des Mélanges Troper jusqu'au Traité Bonnet,
Il est un dissident — prononcez bien Pèlè —
Pour qui monisme constitutionnel d'abord,
Relève plutôt de l'oxymore.

Afin d'attester de la contradiction
Prendre note que c'est par la constitution
Que nos cours intérieures
Appliquent le droit des gens en vigueur.

Oubliés les espoirs du quatorzième alinéa,
Déçus outre *pacta sunt servanda*,
Dont ne découle point pour coutumes et traités
Le rang suprême pourtant escompté.

Et par-delà son identification chancelante,
Le droit non-écrit reste dans l'attente
D'un signe du Palais Royal plus Blackstonien
Que celui adressé au greffier australien.

Que dire du sort des traités ?
Patinés d'un monisme mensonger
S'exhalant d'un cachet supralégislatif
Concédés par des quitus bien tardifs

Et même si l'on vous invite, chères conventions,
Il y a une bienséance de la réception,
Une étiquette, un savoir-vivre à la française
Risquant de vous placer moins à votre aise

Par priorité, ne pas se tromper d'adresse,
Rare faute de goût qui n'a pas bonne presse ;
Confondre cinquante-deux et cinquante-trois
Vous condamnera à rester ici-bas.

Puis anticipez une pointilleuse inspection
De l'existence de l'invitation ;
Relevez aussi qu'hospitalité non réciproque
Appartient aux goujateries qui choquent.

En gravissant les escaliers de la demeure,
Notez qu'il n'est pas dans les mœurs
D'espérer visiter votre hôte en son pinacle,
Même si le bruxellois s'y donne en spectacle.

Évitez de même l'outrecuidance
D'invoquer droit à une danse ;
N'y sont conviées que rares ballerines
Pourvues de dispositions parfois sibyllines.

Enfin, il est une sage résolution,
Celle de se présenter sans ses rejetons ;
À moins qu'ils ne soient de la même veine
Que la proche famille européenne.

Ce cérémonial apparaît fort exigeant
Mais l'hôte se fait peu à peu plus accueillant ;
En flânant du côté de Luxembourg
Ne point s'attendre à un autre discours.

Mais céder aux tentations constitutionnelles
Ne fait pas de ces Kadi(s) des rebelles
Et alerte les invités les plus rustres
Qu'ils devront obéir aux principes illustres.

Délaissons donc un tel monisme fantasmé,
Préférons-lui un perspectivisme assumé
Ayant conscience de ce que pluralité recèle
Et, qu'en jugeant, l'unité du monde se scelle.

Régis Bismuth

*Dictionnaire des idées reçues en droit international*, Pedone, 2017, p. 389

# BIBLIOGRAPHIE

# HISTOIRE ET PHILOSOPHIE

## 1. EN FRANÇAIS

**LAFON Jacques**

- *Itinéraires : de l'histoire du droit à la diplomatie culturelle et à l'histoire coloniale*, Publications de la Sorbonne, 2001, 352 p.

**MARKOVITS Francine**

- *Montesquieu : le droit et l'histoire*, Librairie Philosophique J. Vrin, 2008, 232 p.

**MATTEI Jean-François**

- *Platon*, Presses Universitaires de France, coll. Que sais-je ?, 2007, 128 p.

**PIRENNE Jacques**

- *Histoire des institutions et du droit privé de l'ancienne* Égypte, Bruxelles, Edition de la fondation égyptologique, 3 parties en 4 volumes, 1932-1935

**STUMPF Carl, FISETTE Denis**

- *Renaissance de la philosophie : quatre articles*, Librairie philosophique J. Vrin, 2006, 333 p.

## 2. EN ANGLAIS

**CROMER Earl of**

- *Modern Egypt*, New York: The Macmillian Company, 1908, volume 2, 600 p.

**MAGHRAOUI Abdeslam**

- *Liberalism without democracy: Nationhood and citizenship in Egypt*, 1922-1936, Duke University Press, 2006, 192 p.

**PRICE FOLEY Elisabeth**

- *The Law of life and death*, Harvard University Press, 2011, 304 p.

**STRAUSS David A.**

- *The living Constitution*, Oxford University Press, 2010, 176 p.

## 3. EN ARABE

**AL AFFANI Sayyid Ben Hussein**

- *A'alam wa aqzam fi mizan al islam* [Géants et nains dans la balance de l'Islam], éditions Majid A'yri, Djeddah, 2004, 672 p.

**AMINE Galal**

- *Tarikh al-iqtisad al-masri min Mohamed Ali ila Moubarak* [L'histoire de l'économie égyptienne de Mohamed Ali à Moubarak], Al-Chorouk, Le Caire, 2012, 162 p.

**FAHMY Khaled**

- *Kol rijal al-pacha* [Tous les hommes du Pacha], Al-Chorouk, 5ème édition, 2015, 455 p.

# DROIT

## DICTIONNAIRES


**ARNAUD André-Jean**

- *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, 2e éd., 1993, 758 p.

**ASCENSIO Hervé et al. (dir.)**

- *Dictionnaire des idées reçues en droit international*, Pedone, 2017, 606 p.

**CADIET Loïc (dir.)**

- *Dictionnaire de la justice*, PUF, 2004, 1362 p.

**CORNU Gérard et al. (dir.)**

- *Vocabulaire juridique*, PUF, 11e éd., 2016, 1101 p.

**GUILLIEN Raymond et VINCENT Jean**

- *Lexique des termes juridiques*, 15e éd., Dalloz, 2005, 662 p.


## OUVRAGES GÉNÉRAUX, MANUELS

### 1. EN FRANÇAIS


**ABRAHAM Ronny**

- *Droit international, droit communautaire et droit français*, Hachette, coll. PES, 1989, 223 p.

**ASCENSIO Hervé, DECAUX Emmanuel et PELLET Alain (dir.)**

- *Droit international pénal*, 2e éd. révisée, Pedone, 2012, 1280 p.

**BELLIVIER Florence, EUDES Marina et FOUCHARD Isabelle**

- *Droit des crimes internationaux*, PUF, coll. Thémis droit, 2018, 535 p.

**BONASSIES Pierre et SCAPEL Christian**

- *Traité de droit maritime*, LGDJ, 2006, 878 p.

**BOULOC Bernard**

- *Procédure pénale*, 26e éd., Dalloz, 2018, 1178 p.

**CARREAU Dominique, MARELLA Fabrizio**

- *Droit international*, Pedone, 11ème édition, 2012, 733 p.

**CEDRAS Jean**

- *La justice pénale aux États-Unis*, Economica, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1990, 406 p.
- *Le droit pénal américain*, Presses Universitaires de France, coll. Que sais-je ?, 1997, 125 p.

**COMBACAU Jean et SUR Serge**

- *Droit international public*, LGDJ, 11e éd., 2014, 830 p.

**DAILLET Patrick, FORTEAU Mathias, QUOC DINH Nguyen, PELLET Alain**

- *Droit international public*, LGDJ, coll. Traités, 8ème édition, 2009, 1722 p.

**DESPORTES Frédéric et LE GUNEHEC Francis**

- *Droit pénal général*, 15e éd., Economica, 2008, 1228 p.

**DESPORTES Frédéric, LAZERGES-COUSQUER Laurence**

- *Traité de procédure pénale*, Economica, Collection Corpus, 4ème édition, 2015, 2461 p.

**FAVOREU Louis et al.**

- *Droit constitutionnel*, Dalloz, 17ème édition, 2015, 1093 p.

**GALLAND Henri**

- *Le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois aux États-Unis*, Recueil Sirey, 1932, 247 p.

**GALLOIS Alexandre**

- *Les nullités de procédure pénale*, 2e éd., Lextenso, 2017, 309 p.

**HERZOG-EVANS Martine et ROUSSEL Gildas**

- *Procédure pénale*, 5e éd., Vuibert, 2014, 462 p.

**HUET André et KOERING-JOULIN Renée**

- *Droit pénal international*, 3e éd., PUF, 2005, 507 p.

**KOLB Patrick, LETURMY Laurence**

- *Droit pénal général,* 5ème éd., Gualino, Lextenso éditions, 2010, 240 p.

**LIDDELL Éliane**

- *La justice pénale américaine de nos jours*, L'Harmattan, 2007, 294 p.

**LOMBOIS Claude**

- *Droit pénal général*, Hachette, 1994, 160 p.

**LONG M. et al. (dir)**

- *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, 18ème édition, 2013, 1033 p.

**MERLIN Philippe Antoine**

- *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence : A.-Z. Additions*, Garnery, 1815, 699 p.

**PELLET Alain (dir), MIRON Alina (dir)**

- *Les grandes décisions de la jurisprudence française de droit international public*, Dalloz, 2015, 783 p.

**PRADEL Jean**

- *Droit pénal comparé*, 4e éd., Dalloz, 2016, 1116 p.
- *Droit pénal général*, 21e éd., Cujas, 2016, 781 p.
- *Procédure pénale*, 19e éd., Cujas, 2017, 1087 p.

**PRADEL Jean, DANTI-JUAN Michel**

- *Droit pénal spécial*, 7e éd., Cujas, 2017, 805 p.

**RASSAT Michèle-Laure**

- *Droit pénal général*, 4e éd., Ellipses, 2017, 685 p.
- *Procédure pénale*, 2e éd., Ellipses, 2013, 800 p.

**REBUT Didier**

- *Droit pénal international*, 2e éd., Dalloz, 2014, 712 p.

**RIVIER Raphaële**

- *Droit international public*, 3e éd., PUF, coll. Thémis droit, 2017, 841 p.

**ROBERT Jacques-Henri**

- *Droit pénal général*, 5e éd., PUF, 2001, 552 p.

## 2. EN ANGLAIS


**ALLEN Michael J.**

- *Textbook on Criminal Law*, 13e éd., Oxford University Press, 2015, 603 p.

**BASSIOUNI Cherif**

- *International Criminal Law conventions and their penal provisions*, Transnational Publishers, New York, 1997, 1250 p.

**BERGSTEN Eric**

- *Community Law in the French Courts: the law of treaties in modern attire*, Martinus Nijhoff, The Hague, 1973, 143 p.

**BRADLEY Curtis A.**

- *International law in the U.S. legal system*, Oxford University Press, 2013, 371 p.

**BROYLES Scott**

- *Criminal Law in the USA*, Wolters Kluwer, coll. Law & Business, Pays-Bas, 2011, 166 p.

**CALLEROS Charles**

- *Legal Method and writing*, Aspen Publishers, 5ème edition, New York, 2006, 620 p.

**FRANCK Thomas et FOX Gregory**

- *International Law decisions in national courts*, Transnational Publishers, New York, 1996, 402 p.

**HENKIN Louis**

- *Foreign affairs and the United States Constitution*, 2e éd., Clarendon Press, New York, 1997, 582 p.

**HOLLIS Duncan**

- *The Oxford guide to treaties*, Oxford University Press, 2012, 804 p.

**PETERS Rudolph**

- *Crime and punishment in Islamic Law,* Cambridge University Press, 2006, 232 p.


## 3. EN ARABE


**ABDELHAMID Mohamed Sami**

- *Osoul Al-qanoun Al-dawli Al-'am* [Les principes de droit international public], Tome 1, Dar Al-jami'a Al-jadida, Alexandrie, 2015, 391 p.

**ABDELZAHER Ahmed**

- *Al-qawanin al-jina'ia al-khassa* [Les lois pénales spéciales], Dar Al-nahda Al-a'rabiya, Le Caire, 2011, 845 p.

**SALAMA Mamoun**

- *Qanoun al-ijra'at al-jina'iya mo'alaqan'aleh bel-fiqh wa-ahkam al-naqd* [Code de procédure pénale égyptienne commenté par la doctrine et la jurisprudence], Dar al-fikr al-arabi, Le Caire, 1980, 1506 p.

**MUSTAFA Amin**

- *Qanun al-o'koubat al-qesm al-a'm* [Droit pénal général], Manshurat Al-Halabi, 2010, Beyrouth, 415 p.

**NASSAR Gaber**

- *Al-qanoun Al-doustouri* [Traité de droit constitutionnel], Dar Al-Nahda Al-Arabeya, 2e édition, Le Caire, 2002, 474 p.

**SOROUR Ahmed Fathi**

- *Al-wasit fi qanoun al-ijra'at al-jina'iya* [Manuel de procédure pénale], Dar Al-nahda Al-arabiya, 4ème éd., Le Caire, 1981, 1342 p.

## OUVRAGES SPÉCIAUX, THÈSES

### 1. EN FRANÇAIS

**ABDELWAHHAB Gamil**

- *La légalité de la répression en droit français et en droit égyptien*, Thèse, Université de Rennes I, 1990, 510 p.

**ALTAMIMI Mohammad**

- *La condition de la double incrimination en droit pénal international*, Thèse, Université de Poitiers, 2018, 570 p.

**ALLARD Julie, GARAPON Antoine**

- *Les juges dans la mondialisation : La nouvelle révolution du droit*, Éditions du Seuil et La République des Idées, 2005, 96 p.

**AUBERT Bernadette**

- *Le droit international devant la chambre criminelle : cinquante ans de jurisprudence*, Presses universitaires de France, Publications de la Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, tome 37, 2000, 572 p.-LXI

**BASSIOUNI Cherif (dir.)**

- *La démocratie : principes et réalisation*, L'Union interparlementaire, Genève, 1998, 105 p.

**BASTID Suzanne**

- *Les traités dans la vie internationale : conclusion et effets*, Economica, coll. Droit International, 1985, 303 p.

**BERGÉ Jean-Sylvestre**

- *L'application du droit national, international et européen*, Dalloz, 2013, 365 p.

**BERRAMDANE Abdelkhaleq**

- *La hiérarchie des droits : droits internes et droits européen et international*, L'Harmattan, collection Logiques juridiques, 2002, 272 p.

**BONNET Julien**

- *Le juge ordinaire français et le contrôle de la constitutionnalité des lois : Analyse critique d'un refus*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2009, 716 p.

**BORÉ Jacques et BORÉ Louis**

- *La cassation en matière pénale*, 3e éd., Dalloz Action, 2011, 565 p.

**BOUCHET Marthe**

- *La validité substantielle de la norme pénale*, LGDJ, Bibliothèque des sciences criminelles, tome n° 66, 2018, 627 p.

**BOUVIER Charlotte-Lucie**

- *La mémoire et le droit des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité depuis la seconde guerre mondiale : comparaison Allemagne fédérale / France*, Thèse, Université de Poitiers, 2014, 651 p.

**CAHIN G. et al. (dir.)**

- *La France et le droit international*, Pedone, 2007, 389 p.

**CASADO RAIGON Rafael et CATALDI Giuseppe**

- *L'évolution et l'état actuel du droit international de la mer : mélanges de droit de la mer offerts à Daniel Vignes*, Bruylant, Bruxelles, 2009, 981 p.

**COCHARD Jean (dir.)**

- *Armée, guerre et droit pénal*, Travaux de l'Institut de sciences criminelles de Poitiers, Cujas, 1986, 116 p.

**COLLIARD Jean-Claude et JEGOUZO Yves**

- *Le nouveau constitutionnalisme : mélanges en l'honneur de Gérard CONAC*, Economica, 2001, 458 p.

**DANTI-JUAN Michel (dir.)**

- *L'ineffectivité des peines*, XX^es^ journées d'étude de l'institut de Sciences criminelles de Poitiers, LGDJ, 2015, 192 p.

**DEGAYFFIER-BONNEVILLE Anne-Claire**

- *Histoire de l'Égypte modern : L'éveil d'une nation*, Champs histoire, 2016, 616 p.

**DELMAS-MARTY Mireille**

- *Les forces imaginantes du droit : Le pluralisme ordonné*, éditions du Seuil, 2006, 303 p.

**DELMAS-MARTY Mireille et BREYER Stephen (dir.)**

- *Regards croisés sur l'internationalisation du droit : France — États-Unis*, Société de législation comparée, 2009, 266 p.

**DE SCHUTTER Olivier**

- *Fonction de juger et droits fondamentaux : transformation du contrôle juridictionnel dans les ordres juridiques américain et européens*, Bruxelles, Bruylant, Bibliothèque de la faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, 1999, 1164 p.

**DEVILLAIRS Laurence**

- *René Descartes*, Presses Universitaires de France, coll. Que sais-je, 2013, 128 p.

**DUPARC Caroline**

- *Du rôle respectif du juge et des parties dans le procès pénal*, Thèse, Université de Poitiers, 2002, 677 p.

**DUPRET Baudoin**

- *Le jugement en action : ethnométhodologie du droit, de la morale et de la justice en Égypte*, coll. « *Travaux de sciences sociales* », n° 207, 2006, Genève/Le Caire, Librairie Droz/CEDEJ, 496 p.

**EL TARI Khoder**

- *Les sources internationales du droit pénitentiaire*, Thèse, Université de Poitiers, 2004, 437 p.

**GARAPON Antoine, PAPADOPOULOS Ioannis**

- *Juger en Amérique et en France : culture juridique française et "common law"*, O. Jacob, 2003, 322p.

**GIANNOULOPOULOS Dimitrios**

- *L'exclusion de preuves pénales déloyales : une étude comparée des droits américain, anglais, français et hellénique*, Thèse, Université Paris I-Panthéon Sorbonne, 2009, 852 p.

**GRECIANO Philippe et MATHIEU Martial (dir.)**

- *Juger les crimes contre l'humanité : les leçons de l'histoire*, Pedone, 2018, 291 p.

**HENZELIN Marc et ROTH Robert (dir.)**

- *Le droit pénal à l'épreuve de l'internationalisation*, LGDJ/GEORG/Bruylant, 2002, 355 p.

**JEANDIDIER Wilfrid**

- *Corruption et trafic d'influence*, Dalloz, coll. Dalloz Corpus, 2018, 366 p.

**KEBEICH Mahmoud**

- *L'inculpation : étude du droit français, essai de rapprochement avec le droit égyptien et le droit des États-Unis d'Amérique*, Thèse, Université de Poitiers, 1984, 376 p.

**KHALIFA Ahmed F.**

- *Les techniques d'imputation devant les juridictions pénales internationales : Réflexion sur la responsabilité pénale individuelle*, Thèse, Université de Poitiers, 2012, 544 p.

**KOLB Robert**

- *La bonne foi en droit international public*, PUF, Publications IUHEI-Genève, 2000, 756 p.

**LAURENT-BOUTOT Carine**

- *La Cour de Cassation face aux traités internationaux protecteurs de droit de l'homme*, Thèse, Université de Limoges, 2006, 591 p.

**MALABAT Valérie (dir.)**

- *Juge national, européen, international et droit pénal*, Actes de la journée d'étude organisée le 24 juin 2011 par l'Institut de Sciences Criminelles et de la justice de Bordeaux, Cujas, 2012, 157 p.

**MASSÉ Michel et al. (dir.)**

- *Un droit pénal postmoderne ? Mise en perspective des évolutions et ruptures contemporaines*, PUF, coll. Droit et justice, 2009, 369 p.

**PARIZOT Raphële**

- *La responsabilité pénale à l'épreuve de la criminalité organisée : le cas symptomatique de l'association de malfaiteurs et du blanchiment en France et en Italie*, LGDJ, Bibliothèque des sciences criminelles, tome 48, 2010, 441 p.

**PLAIS Pascal et ROETS Damien (dir.)**

- *L'adaptation du droit pénal français à l'institution de la Cour pénale internationale*, Institut Universitaire Varenne, coll. Transition et Justice, 2018, 156 p.

**POLI Philippe**

- *Les juridictions ordinaires françaises et le contrôle de la constitutionnalité des engagements internationaux*, Thèse, Université Paul Cézanne Aix-Marseille III, 2011, 641 p.

**RICHARD Vincent**

- *Le droit et l'effectivité : contribution à l'étude d'une notion*, Thèse, Université Paris II, 2003, 608 p.

**ROLLIN Romain**

- *Le droit international non écrit devant le juge français : Contribution à l'étude comparée des jurisprudences du Conseil d'État et de la Cour de cassation*, Thèse, Université Paul Cézanne-Aix-Marseille III, 2005, 457 p.

**SALAS Denis**

- *La justice dévoyée : critique des utopies sécuritaires*, Éditions des arènes, 2012, 220 p.

**SCIOTTI-LAM Claudia**

- *La concurrence des traités relatifs aux droits de l'homme devant le juge national*, Bruylant, 1997, 120 p.

**SUPIOT Alain**

- *La gouvernance par les nombres : Cours au Collège de France (2012-2014)*, Fayard, 2015, 520 p.

**THIBIERGE Catherine et al.**

- *La force normative : naissance d'un concept*, LGDJ, 2009, 891 p.

**TRIENBACH Mélanie**

- *Les normes non directement applicables en droit public français*, LGDJ, Bibliothèque de droit public, Tome 287, 2015, 540 p.

**TZUTZUIANO Catherine**

- *L'effectivité de la sanction pénale*, Thèse, Université de Toulon, 2015, 574 p.

**WIERSMA D. (dir)**

- *Le droit pénal international : recueil d'études en hommage à Jacob Maarten Van Bemmelen*, E. J. Brill, Leiden, 1965, 257 p.

## 2. EN ANGLAIS

**HOLLIS Duncan et al. (dir.)**

- *National Treaty Law and Practice*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2005, 837 p.

**MARKESINIS Basil et FEDTKE Jörg**

- *Judicial recourse to Foreign Law: a new source of inspiration?*, Routledge-Cavendish, New York, 2006, 440 p.

**ROSENAU James**

- *Along the domestic-foreign frontier: exploring governance in a turbulent world*, Cambridge University Press, 1997, 488 p.

**SLOSS David**

- *The death of Treaty supremacy: an invisible constitutional change*, Oxford University Press, 2016, 472 p.
- *The role of domestic courts in treaty enforcement: a comparative study*, Cambridge University Press, 2009, 626 p.

**SLOSS David L., RAMSEY Michael D., and DODGE William S. (dir)**

- *International Law in the U.S. Supreme Court: Continuity and Change*, Cambridge University Press, 2011, 618 p.

**TUSHNET Mark**

- *A court divided: The Rehnquist court and the future of Constitutional Law*, W. Norton & Company, New York, 2005, 416 p.

## 3. EN ARABE

**ABDELKARIM Mustafa**

- *Al-quwa al-mulzima lelmo'ahadat al-dawliya amam alqadi aljina'i* [La force de loi des conventions internationales devant le juge pénal], Dar Al-nahda al-arabiya, Le Caire, 2014, 484 p.

**CHAKER Ahmed Abdel-Halim**

- *Al-ahkam al-ijra'iya wal-mawdou'iya lel-mo'ahadat al-dawliya amam al-qada' al-jina'i wal-watani* [Les règles procédurales et substantielles des conventions internationales devant la justice pénale et nationale], thèse, Université de Zagazig (Egypte), 2010, 429 p.

**ELGADDAR Saïd**

- *Dawr al-qadi al-watani fi tatbiq wa-tafsir qawa'ed al-qanoun al-dawli al'am* [Le rôle du juge national dans l'application et l'interprétation des règles de droit international public], Thèse, Université d'Alexandrie, 1992

**ELKAHWAGY Aly**

- *Al-moa'hadat al-dawliya amam al-qadi al-jina'i* [Les conventions internationales devant le juge pénal], Al-Dar Al-Jami'ia, Alexandrie, 1997, 144 p.

## ARTICLES, FASCICULES D'ENCYCLOPÉDIE, ACTES DE MANIFESTATIONS SCIENTIFIQUES

### 1. EN FRANÇAIS

**AGUILA Yann**

- « L'effet direct des conventions internationales : une nouvelle grille d'analyse », *AJDA* 2012, p. 729

**ALIPRANTIS Nikitas**

- « Les droits sociaux sont justiciables ! », *Droit social* 2006, p. 158

**ALLAND Denis**

- « Consécration d'un paradoxe : primauté du droit interne sur le droit international », *RFDA*, 1998, p. 1094-2001
- « Jamais, parfois toujours. Réflexions sur la compétence de la Cour de cassation en matière d'interprétation des conventions internationales », *RGDIP* 1996, II, p. 599-652
- « L'applicabilité directe du droit international considérée du point de vue de l'office du juge : des habits neufs pour une vieille dame ? », *RGDIP* 1998, I, p. 203-244
- « Le juge interne et les conflits de traités internationaux », *RFDA* 2012, p. 26

**ALOUPI Niki**

- « L'invocation d'une règle conventionnelle de répartition des compétences juridictionnelles devant le juge judiciaire français : réflexions sur les affaires Trans Arctic, Fast Independance et Vytautas », *RGDIP* 2012, p. 321-352

**AUDIT Mathias**

- « De la notion de réserve faite par un État lors de la signature d'un traité », *RCDIP*, 2007, p. 391-393

**BADINTER Robert**

- « L'exception d'inconstitutionnalité, garantie nécessaire du citoyen », *JCP G*, 13 mai 1992, n° 20, I 3584.

**BARGUES Cécile**

- « Les acteurs juridiques et les normes constitutionnelles reconnaissant les droits de l'homme en France », *La Revue des droits de l'homme* [en ligne], 7/2015, 13 p., consulté sur : *revdh.revues.org*.

**BEAUSSONIE Guillaume**

- « Prolégomènes à l'étude de la force normative de la loi en droit pénal contemporain », *in* THIBIERGE Catherine et al., *La force normative : naissance d'un concept*, LGDJ, 2009, p. 361-372

**BEAUVAIS Pascal et MASSÉ Michel**

- « Questions prioritaires de constitutionnalité : nouvelles perspectives », *AJ Pénal*, 2011, p. 274-277

**BEJEOUI Imed**

- « La Constitution tunisienne du 27 janvier 2014 et le droit international conventionnel : les controverses alimentées », *RIDC* 2019/1, p. 223.

**BERGER Jean-Sylvestre**

- « Hiérarchie des normes et application du droit au niveau national, international et européen », *CEJEC Working Papers Series*, 2011/5, 28 p.

**BERNARD-MAUGIRON Nathalie**

- « Les constitutions égyptiennes (1923-2000) : Ruptures et continuités », *Egypte/Monde Arabe*, deuxième série, n° 4-5, 2001, p. 103-133

**BIAGINI-GIRARD Sandrine**

- « Effet direct des conventions internationales et droit au logement », *RDSS*, 2012, p. 940-944

**BISMUTH Regis**

- « L'utilisation de sources de droit étrangères dans la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis », *RIDC*, Vol. 62 n° 1, 2010, p. 105-133.
- « Monisme : une fable », *in* ASCENSIO Hervé et al., *Dictionnaire des idées reçus en droit international*, Pedone, 2017, p. 389-392

**BLUMANN Claude**

- « L'article 54 de la Constitution et le contrôle de la constitutionnalité des traités en France », *RGDIP* 1978, p. 537-618

**BONASSIES Pierre**

- « De l'application nuancée par la Cour d'appel de Rennes de l'article 228 de la Convention de Montego Bay (compétence de l'État côtier en cas de pollution dans sa zone économique exclusive) », *DMF*, 1er janvier 2008, n° 688
- « L'arrêt Erika et la compétence des juridictions françaises », *DMF*, 1er décembre 2012, n° 742

**BOUCHER Julien**

- « Le juge administratif et la combinaison des conventions internationales », *RFDA*, 2012, p. 1-17

**BOULANGER François**

- « La Cour de cassation et les enlèvements internationaux d'enfants : retour à une interprétation orthodoxe de la convention de la Haye de 1980 », *D.*, 2005, p. 2790-2792

**BOULOC Bernard**

- « Cumul des pénalités fiscales et des sanctions pénales », *RSC* 1998, p. 538.

**BRACH-THIEL Delphine**

- « Et une compétence universelle de plus », *AJ Pénal* 2013, p. 520
- « Compétence internationale », *Répertoire pénal Dalloz*, mars 2012

**BUREAU Dominique**

- « De l'application directe en France de la Convention de New York du 26 janvier 1990 sur les droits de l'enfant », *RCDIP 2005*, pp. 679-687

**CAHN Olivier**

- « L'hypothèse de l'applicabilité directe des dispositions matérielles du Statut de Rome par le juge pénal français », in PLAIS Pascal et ROETS Damien (dir.), *L'adaptation du droit pénal français à l'institution de la Cour pénale internationale*, Institut Universitaire Varenne, coll. Transition et Justice, 2018, p. 37-57.

**CANIVET Guy**

- « Les influences croisées entre juridictions nationales et internationales », *RSC,* 2005, p. 799 - 817

**CAZALA Julien**

- « Le soft law international entre inspiration et aspiration », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, Volume 66, 2001, p. 69-70

**CHAUMETTE Anne-Laure**

- « Droit international pénal et droit international des droits de l'homme, illustration d'un dialogue des juges », *Brazilian Yearbook of International Law*, 2014, vol. 1, p. 11-41

**CLAES Erik et VANDAELE Arne**

- « L'effet direct des traités internationaux. Une analyse en droit positif et en théorie du droit axée sur les droits de l'homme », *RBDI*, 2001, p. 411-491

**CLAVERIE-ROUSSET Charlotte**

- « La légalité criminelle », *Droit pénal* n. 9, septembre 2011, étude 16

**COLELLA Alberto**

- « Les réserves à la Convention de Genève (28 juillet 1951) et au Protocole de New York (31 janvier 1967) sur le statut des réfugiés », *AFDI*, vol. 35, 1989, p. 446-475

**CONTE Philippe**

- « Torture et actes de barbarie — Définition », *Dr. Pén.* n° 9, Septembre 2017, comm. 121.
- « 'Effectivité', 'Inefficacité', 'Sous-effectivité', 'Sur-efficacité'… : variations pour droit pénal », *in Le droit privé français à la fin du XX^e siècle : études offertes à Pierre Catala*, Litec, 2001, p. 125-132

**COPPER-ROYER Édouard**

- « L'autorité judiciaire gardienne de la liberté individuelle : l'application du principe constitutionnel », *in* Groupe d'études et de recherches sur la justice constitutionnelle, *La Cour de cassation et la Constitution de la République*, Actes du colloque du 9 et 10 décembre 1994, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1995, p. 123-127.

**CORRE Laurence**

- « Le contrôle de constitutionnalité des traités et accords internationaux : développements récents dans la jurisprudence du Conseil d'État », *Droit administratif* n° 4, avril 2011, étude 7, 18 p.

**CURRAN Vivian Grosswald**

- « La jurisprudence récente de la Cour suprême des États-Unis sur l'extraterritorialité et d'autres questions d'importance internationale », *D.* n° 43, 2014, p. 2473-2477

**DANET Jean**

- « Il est de l'office du juge d'interpréter les traités internationaux invoqués dans la cause soumise à son examen », *RSC*, 2014, p. 127-128

**DARSONVILLE A.**

- « La compétence internationale des juridictions françaises », *Dalloz actualité*, 19 septembre 2007

**DE BÉCHILLON Denys**

- « De quelques incidences du contrôle de la conventionalité internationale des lois par le juge ordinaire », *RFDA*, 1998, p. 225-237

**DECAUX Emmanuel**

- « Le régime du droit international en droit interne », *RIDC*, Vol. 62, n° 2, 2010, p. 467-505

**DEFFIGIER Clotilde**

- « L'applicabilité directe des actes unilatéraux des organisations internationales et le juge judiciaire », *RCDIP*, 2001, p. 43-60

**DEGAYFFIER-BONNEVILLE Anne-Claire**

- « L'arbre sans racines : la Constitution égyptienne de1923 », *Égypte/Monde Arabe*, troisième série, n° 2, 2005, p. 37-52

**DE LAMY Bertrand**

- « Quand un impossible contrôle de constitutionnalité exclut un nécessaire contrôle de conventionalité », *RSC* 2009, p. 162-166
- « Propos introductifs », *in* MALABAT Valérie (dir.), *Juge national, européen, international et droit pénal*, Actes de la journée d'étude organisée le 24 juin 2011 par l'Institut de Sciences Criminelles et de la justice de Bordeaux, Cujas, 2012, p. 3-6

**DELMAS-MARTY Mireille**

- « La cour pénale internationale et les interactions entre droit interne et international », *RSC* 2003, p. 1-11
- « L'intégration européenne entre pluralisme, souverainisme et universalisme », *RSC* 2016, p. 447-454

**DEUMIER Pascale**

- « Comment et à quelles fins reconnaître l'effet direct des traités ? », *RTD civ.*, 2012, p. 487-489

**DINH Nguyen Quoc**

- « La jurisprudence française actuelle et le contrôle de la conformité des lois aux traités », *AFDI,* volume 21, 1975, p. 859-887
- « La Constitution de 1958 et le droit international », *RDP* 1959, p. 515-564

**DUBOS Olivier**

- « Juridictions américaines et juridictions françaises face à l'article 33 de la Convention de Montréal : un dialogue de sourds ? », *Journal du droit international (Clunet) n° 4*, Octobre 2012, var. 4

**DUMORTIER Gaëlle**

- « L'effet direct des conventions internationales », *RFDA 2012*, p. 547-560

**DUTHEILLET DE LAMOTHE Olivier**

- « Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité », *in* DENOIX DE SAINT MARC Renaud, *juger l'administration, administrer la justice : mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle*, Dalloz, 2007, p. 315-327

**EHRLICH Stanislas**

- « Le problème du pluralisme », *L'homme et la société*, n° 5, 1967, p. 113-118

**EL BOUDOUHI Saïda**

- « Le juge interne, juge de droit commun du droit international ? État des lieux de l'invocabilité du droit international conventionnel en droit interne », RFDA, 2014, p. 371-387

**EL-MOR Awad**

- « Vers une déclaration universelle sur la démocratie », in *La démocratie : principes et réalisation*, BASSIOUNI Cherif (dir.), L'Union interparlementaire, Genève, 1998, p. 49-56

**ENCINAS DE MUNAGORRI Rafael**

- « Qu'est-ce qu'un texte directement applicable ? », *RTD civ.* 2005, p. 556-558

**EOCHE-DUVAL Christophe**

- « Droit pénal et souveraineté démocratique : la France est-elle en train de perdre la maîtrise de son droit pénal », *RSC* 2012, p 305-310

**FABRI Helene Ruiz**

- « La France et la Convention de Vienne sur le droit des traités : éléments de réflexion pour une éventuelle ratification », *in La France et le droit international*, G. Cahin et as. (dir.), Pedone, 2007, p. 137-167

**FAVOREU Louis**

- « La décision de constitutionnalité », *RIDC*, 1986, p. 611
- « Le Conseil constitutionnel peut-il être soumis à un contrôle du juge administratif ? », *RFDA* 2003/1, p. 8-13.
- « Modèle américain et modèle européen de justice constitutionnelle », *AIJC*, 1988, p. 51-66.

**FONTEIX Cloé**

- « Génocide rwandais : le principe de légalité fait obstacle à l'extradition », *Dalloz actualité*, 12 mars 2014

**FORTAS Anne-Catherine**

- « La Cour de cassation et les conventions internationales relatives à la lutte contre la corruption », *RSC* 2014, p. 25-47

**FOUQUET Olivier**

- « Les dispositifs internes de lutte contre la fraude et l'évasion fiscales soumis à l'épreuve des conventions fiscales bilatérales », *Revue des sociétés*, 2002, p. 538-541

**FROMONT Michel**

- « La justice constitutionnelle en France ou l'exception française », *in* COLLIARD Jean-Claude et JEGOUZO Yves, *Le nouveau constitutionnalisme : mélanges en l'honneur de Gérard CONAC*, Economica, 2001, p. 167-183.

**GAÏA Patrick**

- « Normes constitutionnelles et normes internationales : point de vue sur l'affaire Koné », *RFDA* 1996, p. 885

**GALLMEISTER I.**

- « De l'effet en France des résolutions des Nations Unies », *D.* 2006, p. 1335

**GALLOIS Julie**

- « Affaire Cahuzac : quand le droit de la peine est au centre d'un procès », *D. actualité*, 1er juin 2018

**GARRON Frédéric**

- « L'interprétation des normes supralégislatives en matière pénale », *RSC* 2004, p. 773-801

**GAUTIER Marie**

- « Le Conseil d'État et les conflits entre conventions internationales : du nouveau, mais pas trop », *Droit administratif* n° 6, juin 2012, étude 11
- « Les conflits entre conventions internationales devant le juge administratif français », *Droit administratif*, n° 5, mai 2002, chron. 9
- « L'effet direct des conventions internationales », *RFDA 2012*, p. 560-573

**GAUTIER Philippe**

- « Applicabilité directe et droit de la mer », *in* CASADO RAIGON Rafael et CATALDI Giuseppe, *L'évolution et l'état actuel du droit international de la mer : mélanges de droit de la mer offerts à Daniel Vignes*, Bruylant, Bruxelles, 2009, p. 373-393

**GENEVOIS Bruno**

- « Le Conseil constitutionnel et le droit pénal international », *RFDA*, 1999, p. 285-305
- « L'entrée des étrangers en France : le rappel des exigences constitutionnelles », *RFDA* 1992, p. 185

**GOLDBERG Jan**

- « Réception du droit français sous les britanniques en Egypte : un paradoxe ? », *Egypte/Monde arabe*, Première série, n° 34, p. 67-80

**GRAND R.**

- « Définition des normes internationales d'effet direct », *Dalloz actualité*, 16 avril 2012

**GILLOT Pascale**

- « La pensée sans lieu : la critique de l'intériorité de Spinoza à Wittgenstein », *Philosophie*, n° 87, 2005/4, p. 78-94

**GUERCHOUN Frédéric**

- « La primauté constitutionnelle de la Convention européenne des droits de l'homme sur les conventions bilatérales donnant effet aux répudiations musulmanes », *JDI (Clunet)* n° 3, Juillet 2005, doctr. 9, 32 p.

**HENNESSY-PICARD Michael**

- « La piraterie atlantique au fondement de la construction des souverainetés coloniales européennes », *Champ pénal/Penal field* [en ligne], Vol. XIII, 2016, consulté sur : *champpenal.revues.org*.

**HOSNI Naguib**

- « La législation pénale dans le monde arabe », *RSC* 1967, p. 795-814

**JEANDIDIER Wilfrid**

- « La présomption d'innocence ou le poids des mots », *RSC* 1991, p. 49

**KAMARA Mactar**

- « De l'applicabilité du droit international des droits de l'homme dans l'ordre juridique interne », *Anuaro Colombiano de Derecho Internacional*, Bogota, Vol. 4, 2011, p. 97-162

**KLEIN Pierre**

- « La soixante sixième session de l'Institut de Droit International », *Revue Belge de droit international*, Éditions BRUYLANT, 1993, p. 635-644

**LACHAUME Jean-François**

- « Jurisprudence française concernant le droit international public — Année 1983 », *AFDI* 1984, vol. 30, p. 910-942

**LAGRANGE Evelyne**

- « L'efficacité des normes internationales concernant la situation des personnes privées dans les ordres juridiques internes », *RCADI* 2011, vol. 356, p. 239-552

**LANKARANI Leila**

- « Le rôle de la Cour internationale de justice en matière pénale », *in* MALABAT Valérie (dir.), *Juge national, européen, international et droit pénal*, Actes de la journée d'étude organisée le 24 juin 2011 par l'Institut de Sciences Criminelles et de la justice de Bordeaux, Cujas, 2012, p. 41-60

**LE COUVIOUR Karine**

- « Erika : décryptage d'un arrêt peu conventionnel », A*J Edition générale*, n° 16, 19 avril 2010, p. 432-436.

**LEMAIRE Sophie**

- « De l'effet en France des résolutions des Nations Unies sur la souveraineté d'un État et l'immunité d'exécution », R*evue critique de droit international privé*, 2007, p. 113-120

**LEPOUTRE Jules**

- « Invalidité des réserves françaises au principe non bis in idem (Convention EDH, art. 4, prot. 7) : et si les juges nationaux n'attendaient pas la Cour de Strasbourg ? », R*evue de droit fiscal*, n° 41, 13 octobre 2016, 537, p. 1-6

**LIBCHABER Rémy**

- « Pour un contrôle judiciaire de la ratification des traités internationaux », R*TD civ.*, 2001, p. 706-707

**LOMBOIS Claude**

- « Chronique de droit pénal international », R*SC* 1985, p. 863-867
- « Chronique de droit pénal international : crimes contre l'humanité - crimes de guerre », R*SC* 1987, p. 937-942

**MALABAT Valérie**

- « Prescription et imprescriptibilité des infractions internationales », *in* ASCENSIO Hervé, DECAUX Emmanuel et PELLET Alain, *Droit international pénal*, 2e éd. révisée, Pedone, 2012, p. 573-592

**MARCHI Jean-François**

- « Droit constitutionnel et droit international. La date pertinente pour l'entrée en vigueur, en France, d'une convention internationale », R*FDC* 2003/2, n° 54, p. 401-424

**MARCOFF Marco**

- « Les règles d'application indirecte en droit international », R*GDIP* 1976/1, p. 385-424

**MARTIN Adan Nieto**

- « Américanisation ou européanisation du droit pénal économique », R*SC*, 2006, p. 767-786

**MARTIN Pierre M.**

- « Difficultés d'application du droit international dans un État fédéral », D., 2009, p. 250-252
- « Un nouveau pas en arrière pour le droit international », *D.*, 2005, p. 905

**MASSÉ Michel**

- « Chronique de droit pénal international », R*SC* 2013, p. 447-459
- « Des figures asymétriques de l'internationalisation du droit pénal », R*SC* 2006, p. 755-766
- « La coopération judiciaire avec les États-Unis », R*SC* 2002, p. 421-427
- « Actualité juridique de l'entraide judiciaire internationale », R*SC* 2001, p. 891-900
- « Les crimes contre l'humanité dans le nouveau code pénal français », R*SC* 1994, p. 376-383
- « L'affaire Touvier : l'échappée belle », R*SC* 1993, p. 372-380
- « Du procès de Nuremberg à celui de P. Touvier, en passant par l'affaire Barbie », R*SC* 1989, p. 793-800
- « L'affaire Barbie », i*n* COCHARD Jean (dir.), *Armée, guerre et droit pénal*, Travaux de l'Institut de sciences criminelles de Poitiers, Cujas, 1986, p. 17-25

**Master 2 droit pénal de l'Université de Bordeaux**

- « L'influence de l'internationalisation du droit pénal sur la protection des personnes », D*roit Pénal* n° 9, septembre 2006, étude 13

**MATHIEU Bertrand et VERPEAUX Michel**

- « Le régime électoral en Nouvelle-Calédonie entre arrangements constitutionnels et exigences conventionnelles », D. 2000, p. 865

**MATHIEU Martial**

- « La genèse de l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité en droit français », *in* GRECIANO Philippe et MATHIEU Martial, *Juger les crimes contre l'humanité : les leçons de l'histoire*, Pedone, 2018, p. 45-59

**MATHIOT André**

- « Le contrôle de la constitutionnalité des lois pénales et de procédure pénale par la Cour suprême des États-Unis au XXe siècle », R*SC* 1985, p. 725-741

**MATSOPOULOU Haritini**

- « Les habitants de l'île de Saint-Barthélémy sont soumis à l'impôt sur le revenu et sur les sociétés et peuvent être déclarés coupables du délit de fraude fiscale », R*SC* 2005, p. 574

**MAYER Danièle**

- « Vers un contrôle du législateur par le juge pénal ? », D., p. 1643-1645

**MAZIAU Nicolas**

- « Jurisprudence française relative au droit international (Année 2004), in Annuaire français de droit international, 2005, Volume 51, pp. 773-801
- « Jurisprudence française relative au droit international (Année 2005) », i*n Annuaire français de droit international*, 2006, Volume 52, Numéro 1, pp. 764-793
- « Jurisprudence française relative au droit international (Année 2006), in Annuaire français de droit international, 2007, Volume 53, n.1, pp. 846-871
- « Jurisprudence française relative au droit international (Année 2007) », i*n Annuaire français de droit international*, 2008, Volume 54, Numéro 1, pp. 643-670
- « Jurisprudence française relative au droit international (Année 2008) », i*n Annuaire français de droit international*, 2009, Volume 55, Numéro 1, pp. 871-898
- « La réception du droit international par la Cour de Cassation », J*ournal du droit international (Clunet) n° 3*, Juillet 2013, doctr. 8

**MINET Alice**

- « Le statut particulier du droit de l'Union européenne en droit français », R*FDA* 2013, p. 1199-2217

**MONTAS Arnaud, ROUSSEL Gildas**

- « Les principaux apports de la décision de la Cour de cassation dans l'affaire Erika », A*J Pénal*, 2012, p. 574-577

**MORVAN Patrick**

- « L'immunité pénale d'une personne poursuivie et nommée représentant d'un État membre à l'UNESCO », *D.* 2004, p. 288

**MOULIER Isabelle**

- « Observations sur l'Alien Tort Claims Act et ses implications internationales », A*FDI*, 2003, volume 49, n° 1, p. 129-164

**MOULY Jean**

- « Du prétendu homicide de l'enfant à naître », *RSC* 2005, p. 47

- « Contrat de travail. Clause de non-concurrence. Contrepartie financière. Faute grave. Article 6.1 du pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels du 16 décembre 1966. Droit de gagner sa vie par le travail », D*roit social*, 2009, p. 236-237

**MURACCIOLE Luc**

- « Jurisprudence française relative au droit international public (année 1954) », A*FDI* 1955, vol. 1, p. 533-592

**NISOT Joseph**

- « L'article 18 de la convention de Vienne sur le droit des traités », R*BDI*, 1970.2, p. 498-503

**NORBERG Naomi**

- « La peine de mort aux États-Unis : évolutions jurisprudentielles et sociales », R*SC* 2008, p. 575-580

**PALOMBINO Fulvio**

- « Les arrêts de la Cour internationale de Justice devant le juge interne », A*FDI* 2005, vol. 51, p. 121-139

**PARIZOT Raphaële**

- « Utilité et méthode du droit pénal comparé », in *Humanisme et Justice : Mélanges en l'honneur de Geneviève Giudicelli-Delage*, Dalloz, 2016, p. 795-808
- « Les spécificités procédurales du jugement des crimes contre l'humanité en France », *in* GRECIANO Philippe et MATHIEU Martial, *Juger les crimes contre l'humanité : les leçons de l'histoire*, Pedone, 2018, p. 169-176.
- « Fondement à la recevabilité de la constitution de partie civile d'une association de lutte contre la corruption : se limiter à l'article 2-23 ou admettre l'article 2 du code de procédure pénale », *RSC* 2018, n° 1, p. 136-138

**PELLET Alain**

- « Vous avez dit 'monisme'? — Quelques banalités de bon sens sur l'impossibilité du prétendu monisme constitutionnel à la française », L*'architecture du droit — Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Economica, Paris, 2006, pp. 827-857

**PESCATORE Pierre**

- « L'application judiciaire des traités internationaux dans la Communauté Européenne et dans ses États membres », i*n Études de droit des Communautés européennes : mélanges offerts à Pierre-Henri Teitgen*, Paris, Pedone, p. 355-406

**PEYRO LLOPIS Ana**

- « La place du droit international dans la jurisprudence récente de la Cour suprême des États-Unis », R*GDIP* 2005, p. 609-642

**PRADEL Jean**

- « La répression du complice suppose-t-elle l'existence d'un dol spécial en ce qui le concerne lorsque cet élément est exigé pour la répression de l'auteur ? », *D.* 1997, p. 147

**PRIEUR Michel**

- « L'influence des conventions internationales sur le droit interne de l'environnement », *Actes de la réunion constitutive du comité sur l'environnement de l'AHJUCAF*, Juin 2008, Porto-Novo, Bénin, p. 291-301

**REBEYROL Vincent**

- « Erika : l'inéluctable cassation ? », D. 2012, p. 1112

**REUTER Paul**

- « Le droit international et la place du juge français dans l'ordre constitutionnel national », in *L'application du droit international par le juge français*, Actes du colloque organisé par la Société française de droit international, Colin, 1972, p. 17-42.

**RIDEAU Joël**

- « La Cour de cassation et l'article 55 de la Constitution », i*n* Groupe d'études et de recherches sur la justice constitutionnelle, *La Cour de cassation et la Constitution de la République*, Actes du colloque du 9 et 10 décembre 1994, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1995, p. 227-243.

**RITLENG Dominique**

- « Effet direct des traités internationaux », R*TD Eur.*, 2012, p. 928-929

**ROETS Damien**

- « Le génocide des Tutsi du Rwanda : la thèse des complicités françaises au prisme des exigences du droit pénal », R*SC* 2015, p. 1-27

**ROSENBERG Dominique**

- « États-Unis contre Nations Unies : l'affaire de la mission d'observation de l'OLP à New York », R*BDI* 1988, n° 2, p. 451-495

**SAINT-HILAIRE Jean-Pierre**

- « La définition juridique de la complicité de crime contre l'humanité au lendemain de l'arrêt de la Chambre criminelle du 23 janvier 1997 », *D.* 1997, p. 249

**SASTRE Michel**

- « La conception américaine de la garantie judiciaire de la supériorité des traités sur les lois (à propos de la décision *Breard v. Greene* de la Cour suprême des États-Unis du 14 avril 1998) », R*GDIP* 1999, p. 147-168.

**SCANVIC Frédéric**

- « La place de l'individu au regard des conventions internationales », R*FDA*, 1993, p. 794-799

**SCELLE George**

- « De la prétendue inconstitutionnalité interne des traités : à propos du traité sur la Communauté européenne de défense », R*DP*, 1952, p. 1012-1028

**STASIAK Frédéric**

- « Démêlage de 'nœuds' *bis in idem* ? *RSC* 2019, p. 383

**STERN Brigitte**

- « L'affaire du Bureau de l'O.L.P. devant les juridictions interne et internationale », A*FDI*, vol. 34, 1988, p. 165-194

**TAXIL Bérangère**

- « Les critères de l'applicabilité directe des traités internationaux aux États-Unis et en France », R*IDC* 2007, Volume 59, Numéro 1, pp. 157-176
- « Méthodes d'intégration du droit international en droits internes », *AHJUCAF*, Actes du 3e Congrès des Cours judiciaires suprêmes francophones « *Internalisation du droit, internalisation de la justice* », Ottawa (Canada), 2010, p. 104-115, consulté sur : *ahjucaf.org*

**THELLIER DE PONCHEVILLE Blandine**

- « La *soft law* au service de la confiance mutuelle en matière pénale », *RSC* 2019, p. 269

**USUNIER Laurence**

- « Feu la compétence universelle du juge américain pour connaître des atteintes aux droits fondamentaux garantis par le droit international », *RTD civ.* 2014, p. 324-326

**VAN PANHUYS H. F.**

- « Le traité d'extradition en tant que source de droits pour les individus », i*n* WIERSMA D. (dir), *Le droit pénal international : recueil d'études en hommage à Jacob Maarten Van Bemmelen*, E. J. Brill, Leiden, 1965, p. 57-74

**WEIL Prosper**

- « Vers une normativité relative en droit international ? », R*GDIP*, 1982, p. 5-47

**WINCKELMULLER Florie**

- « Entraide judiciaire : office du juge et obligations des autorités judiciaires », D*alloz actualité*, 31 janvier 2014

**ZAPATERO Luis Arroyo**

- « L'harmonisation internationale du droit pénal », R*SC* 2011, p. 557-566

**ZOLLER Elisabeth**

- « Étude comparative du contrôle de constitutionnalité des lois en France et aux États-Unis », i*n* Université Panthéon-Assas, *Clés pour le siècle*, Dalloz, 2000, p. 325-339

## 2. EN ANGLAIS

**AHDIEH Robert**

- « Foreign affairs, International Law, and the new federalism: lessons from coordination », 73 *Missouri Law Review* 1185 (2008)

**ALFORD Roger**

- « Misusing International sources to interpret the Constitution », 98 *American Journal of International Law* 57 (2004)
- « Foreign relations as a matter of interpretation: Use and abuse of Charming Betsy », 67 *Ohio St. L.J.* 1339 (2006)

**AMANN Diane Marie**

- « Harmonic convergence? Constitutional criminal procedure in an international context », 75 *Indiana Law Journal* 809 *(2000).*

**ARMSTRONG Heyward**

- « *Rogers v. Tennessee*: an assault on legality and due process », 81 *N.C. L. Rev.* 317, 323 (2002)

**BARATTA Roberto**

- « Should invalid reservations to Human Rights treaties be disregarded? », 11 *EJIL* 413, (2000)

**BEDERMAN David J.**

- « *Medellin*'s new paradigm for treaty interpretation », 102 *The American journal of International law* 529 (2008)
- « Deference or deception: treaty rights as political questions », 70 *U. Colo. L. Rev.* 1439, 1465 (1999)

**BERGMAN Matthew**

- « Montesquieu's theory of government and the framing of the American Constitution », 18 *Pepp. L. Rev.* 1 (1991)

**BETLEM Gerrit and NOLLKAEMPER André**

- « Giving effect to Public International Law and European Community Law before domestic courts. A comparative analysis of the practice of consistent interpretation », 14 *EJIL* 569 (2003)

**BIANCHI Andrea**

- « International Law and US courts: The myth of Lohengrin revisited », 15 *EJIL* 751(2004)

**BIGELOW Brandon**

- « The Commerce Clause and criminal Law », 41 *B.C.L. Rev.* 913 (2000)

**BOEDECKER Karl**

- « When does an entity amount to an instrumentality of foreign government under the Foreign Corrupt Practices Act: emerging judicial guidelines », 21 *J.L. Bus. & Eth.* 1 (2015)

**BRADLEY Craig**

- « Federalism and the federal criminal Law », 55 *Hastings Law Journal* 573 (2004)

**BRADLEY Curtis**

- « Chevron deference and Foreign Affairs », 86 *Virginia Law Review* 649 (2000)
- « Intent, presumptions and non-self-executing treaties », 102 *AJIL* 540 (2008)
- « The Charming Betsy canon and separation of powers : rethinking the interpretive role of International Law », 86 *Geo. L.J.* 479 (1998)
- « The juvenile death penalty and International Law », 52 *Duke L. J.* 485 (2002)
- « The treaty power and American federalism », 97 *Michigan Law Review* 390 (1998)
- « Unratified treaties, domestic politics and the US Constitution », 48 *HILJ* 307 (2007)

**BRADLEY Curtis & GOLDSMITH Jack**

- « Treaties, Human Rights, and Conditional Consent », 149 *U. Pa. L. Rev.* 399 (2000)

**BREMER Emily**

- « The dynamic last-in-time rule », 22 *Ind. Int'l & Comp. L. Rev.* 27 (2012)

**BRILLANTE Jennifer**

- « Continued violations of International Law by the United States in applying the death penalty to minors and possible repercussions to the American criminal justice system », 29 *Brook. J. Int'l L.* 1247 (2004)

**BYRNE HESSICK Carissa**

- « Vagueness principles », 48 *Ariz. St. L.J.* 1137 (2016)

**CALABRESI Steven &ZIMDHAL Stephanie**

- « The Supreme Court and foreign sources of Law: two hundred years of practice and the juvenile death penalty », 47 *Wm. & Mary L. Rev.* 743 (2005)

**CASSESE Antonio**

- « Remarks on Scelle's theory of "role splitting" (dédoublement fonctionnel) in International Law », 1 *EJIL 210* (1990)

**CHALOS Michael & PARKER Wayne**

- « The criminalization of maritime accidents and Marpol violations in the United States », 23 *U.S.F. Mar. L.J.* 206 (2011)

**CHARNOVITZ Steve**

- « Revitalizing the US compliance power », 102 *The American Journal of International law* 551 (2008)

**CHESNEY Robert**

- « Disaggregating deference: the judicial power and executive treaty interpretations », 92 *Iowa Law Review* 1723 (2007)

**CHUNG Eric**

- « The judicial enforceability and legal effects of treaty reservations, understandings and declarations », 126 *Yale L.J.* 170 (2016)

**CHOPER Jesse**

- « The political question doctrine: suggested criteria », 54 *Duke Law Journal* 1457 (2005)

**CLEVELAND Sarah & DODGE William**

- « Defining and punishing offenses under treaties », 1*24 The Yale law journal 2202* (2015)

**COLANGELO Anthony J.**

- « International law in U.S. State courts: Extraterritoriality and "False Conflicts" of law », S*MU Dedman School of law legal studies*, Research paper no. 133

**CROOTOF Rebecca**

- « Judicious influence: Non-self-executing treaties and the Charming Betsy Canon », 1*20 Yale L.J. 1784* (2011)

**DAVIS Michael**

- « A government of judges: an historical review », 3*5 The American Journal of Comparative Law 559* (1987)

**DEST Stephanie**

- « Federal habeas corpus and State procedural default: an abstention-based interest analysis », 56 *U. Chi. L. Rev.* 263 (1989)

**ELARABY Nabil, GOMAA Mohammed et MEKHEMAR Lamia**

- « Egypt », i*n* HOLLIS Duncan et al. (dir.), *National Treaty Law and Practice*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2005, p. 227 et s.

**EL-MOR Awad**

- « The regime of passage in straits used for international navigation in the light of the third UN conference on the law of the sea », R*evue égyptienne de droit international*, 1981, p. 13-83

**EL-MOR Awad**

- « The supreme constitutional court of Egypt and the protection of human and political rights », in *Islam and Public Law*, MALLAT Chibli (dir.), Springer Netherlands, 1993, p. 229

**ENROTH Kate**

- « *United States v. Georgescu*: Special aircraft jurisdiction in the United States », 18 *Brook. J. Int'l L.* 225, 241 (1992)

**GINSBURG Ruth Bader**

- « Remarks for the American Constitution Society. Looking beyond our borders: the value of a comparative perspective in constitutional adjucation », 2 août 2003, disponible sur: *humanrightsfirst.org*

**GLASHAUSSER Alex**

- « Difference and deference in treaty interpretation », 50 *Villanova Law Review* 25 (2005)

- « What we must never forget when it is a treaty we are expounding », 73 *U. Cin. L. Rev.* 1243 (2005)

**GLENNON Michael & SLOANE Robert**

- « The sad, quiet death of *Missouri v. Holland* : how Bond hobbled the treaty power », 41 *The Yale Journal of International Law* 51, 62 (2016)

**GOLDSMITH Andrew**

- « The void-for-vagueness doctrine in the Supreme Court, revisited », 30 *Am. J. Crim. L.* 279 (2003)

**GOODMAN Ryan**

- « Human rights treaties, invalid reservation, and state consent », 96 *The American Journal of International Law* 531 (2002)

**GOODMAN Ryan & JINKS Derek**

- « Measuring the effects of human rights treaties », 14 *EJIL* 171, 173 (2003)

**HAFEN Jonathan**

- « International extradition: issues arising under the dual criminality doctrine », 1992 *B.Y.U. L. Rev.* 191, 200(1992)

**HALABI Sam Foster**

- « The supremacy clause as structural safeguard of federalism: State judges and International Law in the post-Erie era », 23 *Duke J. Comp. & Int'l L.* 63 (2012)

**HALBERSTAM Malvina**

- « United States Ratification of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women », 31 *Geo. Wash. J. Int'l l. & Econ.* 49 (1997)

**HALLERMAN Mary**

- « *Medellin v. Texas*: The treaties that bind », 4*3 U. Rich. L. Rev. 797* (2009)

**HATHAWAY Oona**

- « Treaties' end: the Past, Present and Future International lawmaking in the United States », 117 *Yale L. J.* 1236 (2008)

**HATHAWAY Oona, MCELROY Sabria, SOLOW Sara Aronchick**

- « International law at home: enforcing treaties in US courts », 3*7 Yale J. Int'l L. 51* (2012)

**HEALY Thomas**

- « Is *Missouri v. Holland* still good Law? Federalism and the treaty power », 98 *Columbia Law Review* 1726 (1998)

**HILL Enid**

- « Al-Sanhuri and Islamic Law », A*rab Law Quarterly*, volume 3, numéro 2, 1988, p. 1895-1971

**HOLLIS Duncan**

- « Executive federalism: forging new federalist constraints on the treaty power », 79 *Southern California Law Review* 1327, 1346 (2006)

**HUQ Aziz**

- « When was judicial self-restraint », 100 *California Law Review* 579 (2012)

**IWASAWA Yuji**

- « The doctrine of self-executing treaties in the United States: a critical analysis », V*anderbilt Journal of International Law*, 1986, p. 627

**JACKSON John H.**

- « Status of treaties in domestic legal system: a policy analysis », 8*6 The American journal of international law 310* (1992)

**JENEFSKY Anna**

- « Permissibility of Egypt's Reservations to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women », 15 *Md. J. Int'l L.* 199 (1991)

**JORDAN Jon**

- « *U.S. v. Esquenazi* : U.S. Appellate Court defines 'instrumentality' under the foreign corrupt practices Act for the first time », 6 *Wm. & Mary Bus. L. Rev.* 663 (2015)

**KALB Johanna**

- « Human rights treaties in state courts: the international prospects of state constitutionalism after Medellin », 115 *Penn. St. L. Rev.* 1051 (2011)

**KIRBY Michael**

- «To judge is to learn », 48 *Harvard International Law Journal Online* 36 (2007).

**KIRGIS Frederic**

- « Restitution as a remedy in US Courts for violations of International Law », 95 *Am. J. Int'l L.* 341 (2001).

**KONTOROVICH Eugene**

- « Disrespecting the Opinions of Mankind », P*ublic Law & Legal Theory Working Paper No. 96*, Chicago University School of law, 2005, pp. 261-268

**MCDONNEL Thomas**

- « Defensively invoking treaties in American courts : jurisdictional challenges under the U.N. drug trafficking convention by foreign defendants kidnapped abroad by U.S. agents », 37 *William and Mary Law Review* 1401 (1996)

**McDOUGAL Myres,**

- « Remarks at the Annual Meeting of the American Society of International Law » (27 avril 1951), *in* 45 *Proc. Am. Soc'y Int'l L.* 101 (1951)

**MCGINNIS John**

- « Sosa and the derivation of customary International Law », i*n International Law in the U.S. Supreme Court: Continuity and Change*, SLOSS David (dir.), Cambridge University Press, 2011, p. 481-493

**MCGINNIS John et SOMIN Ilya**

- « Democracy and International human rights Law », 84 *NDLR* 1739 (2009)
- « Should International Law be part of our Law », 59 *Stanford Law Review* 1175 (2007)

**MCKENZIE Michael**

- « Treaty enforcement in U.S. Courts », 34 *Harv. Int'l L.J.* 596 (1993)

**METZCAR Jeffrey**

- « Raising the defense of procedural default sua sponte: who will enforce the great wit of liberty », 50 *Cas. W. Res. L. Rev.* 869 (2000)

**MONFORTE Tanya**

- « Broad strokes and bright lines: a reconsideration of Shari'a based reservations », 35 *Columbia Journal of Gender & Law* 1 (2017)

**NADELMANN Ethan**

- « The evolution of United States involvement in the international rendition of fugitive criminals », 25 *N.Y.U. J. Int'l L. & Pol.* 813 (1993)

**O'SULLIVAN Julie**

- « The Federal Criminal Code Is a Disgrace: Obstruction Statutes as Case Study », 96 *J. Crim. L. & Criminology* 643 (2005-2006)

**PAPANDREA Mary-Rose**

- « Standing to allege violations of the doctrine of specialty: an examination of the relationship between the individual and the sovereign », 62 *U. Chi. L. Rev.* 1187 (1995)

**PARRY John**

- « Rewriting the Roberts Court's law of treaties », 88 *Texas Law Review* 65 (2010)

**PELLET Alain**

- « The ICL guide to practice on reservations to treaties: a general presentation by the Special Rapporteur », 24 *EJIL* 1061, 1097 (2013)

**PENNER Scott**

- « Changing the balance of power: why a treaty-trump presumption should replace the later-in-time rule when interpreting conflicting treaties and statutes », 34 *Hastings Const. L.Q.* 355 (2007)

**PYTYNIA Carolyn**

- « Forgive me, founding fathers for I have sinned: a reconciliation of foreign affairs preemption after *Medellin v. Texas* », 43 *Vand. J. Transnat'l L.* 1413 (2010)

**QUIGLEY John**

- « The rule of non-inquiry and human rights treaties », 45 *Cath. U. L. Rev.* 1213 (1996)

**RAMSEY Michael**

- « Congress's limited power to enforce treaties », 90 *Notre Dame Law Review* 1539 (2014)
- « International law as part of our law: a constitutional perspective », 29 *Pepp. L. Rev.* 187(2002)

**ROGOFF Martin**

- « Application of treaties and the decisions of international tribunals in the United States and France: reflections on recent practice », 58 *Me. L. Rev.* 407 (2006)
- « Interpretation of international agreements by domestic courts and the politics of international relations: reflections on some recent decisions of the United States Supreme Court », 11 *Am. U. J. Int'l L. & Pol'y* 559 (1996)

**ROSENKRANZ Nicholas Quinn**

- « *Bond v. United States*: can the President increase Congress's legislative power by entering into a treaty? », 8 *N.Y.U. J.L. & Liberty* 228 (2013)
- « Executing the Treaty Power », 118 *Harv. L. Rev.* 1867, 1929 (2005)

**SHERMAN Mark Andrew**

- « Indirect incorporation of human rights treaty provisions in criminal cases in United States courts », 3 *ILSA J. Int'l & Comp. L.* 719(1997)

**SLAUGHTER Anne-Marie**

- « A global community of Courts », 44 *Harvard Journal of International Law* 191 (2003)

**SLAUGHTER Anne-Marie and BURKE-WHITE William**

- « The future of International Law is domestic », i*n New Perspectives on the divide between International and National Law*, NOLKAEMPER Andre and NIJMAN Janne (ed.), Oxford University Press, 2007, p. 110-133

**SLOSS David**

- « *Bond v. United States*: Choosing the lesser of two evils », L*egal Studies Research Paper Series*, Santa Clara University School of Law, Accepted Paper no. 2-15, January 2015, 20 p.
- « Executing *Foster v. Nielson*: the two-step approach to analyzing self-executing treaties », 53 *HILJ* 135 (2012)
- « Judicial deference to executive branch treaty interpretations: A historical perspective », 62 *NYU Annual Survey of American Law* 497 (2007)
- « Non-self-executing treaties: exposing a constitutional fallacy », 36 *U.C. Davis L. Rev.* 1 (2002)
- « Schizophrenic treaty law », 43 *Texas International Law Journal* 15 (2007)
- « The Constitutional right to a treaty preemption defense », 40 *U. Tol. L. Rev.* 971 (2009)
- « The domestication of International human rights: non-self-executing declarations and human rights treaties », 24 *Yale J. Int'l L.* 129 (1999)
- « Using international law to enhance democracy », 47 *Va. J. Int'l L.* 1 (2006)

**SLOSS David, RAMSEY Michael, DODGE William**

- « International Law in the Supreme Court to 1860 », i*n International Law in the U.S. Supreme Court: Continuity and Change*, SLOSS David (dir.), Cambridge University Press, 2011, p. 7-51
- « When do treaties create individually enforceable rights: the Supreme Court ducks the issue in Hamdan and Sanchez-Llamas », 45 *Colum. J. Trans. L.* 20 (2006)

**STATMAN Katriel**

- « To comply or not to comply: an argument in favor of increasing investigation and enforcement of Marpol annex I violations », 5 *Wash. & Lee J. Energy, Climate, & Env't* 251 (2013)

**STEINHARDT Ralph**

- « The role of International Law as a canon of domestic statutory construction », 43 *VNLR* 1103 (1990)

**TUSHNET Mark**

- « Referring to foreign law in constitutional interpretation: an episode in the Culture wars », 35 *U. Balt. L. Rev.* 299 (2006)

**VAN ALSTYNE William**

- « Dual sovereignty, federalism and national criminal Law: modernist constitutional doctrine and the non-role of the Supreme Court », 26 *American Criminal Law Review* 1737 (1989)

**VASQUEZ Carlos**

- « Chief Justices Marshall and Roberts and the non-self-execution of treaties », H*arvard International Law Journal online*, Vol. 53, 2012, p. 213-225
- « Less than Zero? », 102 *Am. J. Int'l L.* 563 (2008)
- « The four doctrines of self-executing treaties », 89 *Am. J. Int'l L.* 695 (1995)
- « Treaties as law of the land: the supremacy clause and the judicial enforcement of treaties », 122 *Harv. L. Rev.* 599 (2008)
- « Treaty-based rights and remedies of individuals », 92 *Colum. L. Rev.* 1082 (1992)

**WATERS Melissa**

- « Creeping monism: the judicial trend toward interpretive incorporation of human rights treaties », 107 *Columbia Law Review* 628 (2007)
- « Mediating norms and identity: the role of transnational judicial dialogue in creating and enforcing International Law », 93 *The Georgetown Law Journal* 487 (2005)

**WEISBURD Mark**

- « International Courts and American Courts », 21 *Mich. J. Int'l L.* 877 (2000)

**WINER Anthony**

- « An escape route from the Medellin maze », S*elected Works of Anthony Winer*, William Mitchell College of Law, 2009, 68 p.

**WUERTH Ingrid**

- « Medellin: The new, new formalism », P*ublic Law and Legal Theory*, Vanderbilt University Law School, Working paper Number 08-52, 7 p.

**YOO John**

- « Politics as Law? The Anti-Ballistic Missile Treaty, the Separation of Powers, and Treaty Interpretation », 89 *Cal. L. Rev.* 851, 862 (2001)
- « Treaties and public lawmaking: a textual and structural defense of non-self-execution », 99 *Colum. L. Rev.* 2218 (1999)
- « Treaty Interpretation and the False Sirens of Delegation », 90 *Cal. L.Rev.* 1305, 1315 (2002)

**YOUNG Ernest**

- « Foreign Law and the denominator problem », 119 *Harvard Law Review* 148 (2005)
- « Treaties as "part of our Law" », 88 *Texas Law Review* 91 (2009)

YOUNG Katharine

- « The world, through the Judge's eye », 28 *Australian Yearbook of International Law* 27 (2009)

## RAPPORTS

**CONFORTI Benedetto**

- « L'activité du juge interne et les relations internationales », *in Annuaire de l'Institut de Droit International*, Session de Milan 1993 (travaux préparatoires), Pedone, vol. 65, I, p. 328.

**DIETER Weiss & ULRICH Wurzel**

- *Environnement économique et politique de transition vers l'économie de marché : l'Égypte*, Études du Centre de Développement, OCDE, 1998, 260 p.

**MULHOLLAN Daniel (dir.)**

- « Treaties and other international agreements: the role of the United States Senate », *Congressional Research Service (CRS)*, Report n° 106-71, Washington DC, January 2011, 435 p.

**Parlement égyptien**

- *Rapport des activités de la 2e session du premier semestre parlementaire*, 6 juillet 2017, 36 p., consulté sur parliament.gov.eg

**The Opportunity Agenda**

- « Human rights in State Courts, legal & policy analysis », *The Opportunity Agenda, 31 p.*
- « Human rights in State Courts 2014 », *The Opportunity Agenda*, Février 2014, 113 p.

**Ministère des Affaires étrangères des États-Unis**

- « United States: Department of State study on widening access to the International Court of Justice », *International Legal Materials*, vol. 16 n° 1, p. 187-206

## ARTICLES DE PRESSE

**BLAVIGNAT Yohan**

- « Affaire 'Pétrole contre nourriture II' : quatorze sociétés jugées en appel à Paris », *Le Figaro*, 21 novembre 2018, consulté sur : *lefigaro.fr*.

**CHAKER Salah**

- « La grève des conducteurs de chemins de fer en 1986 » (article en arabe), *La Flamme (Al-Charara)*, 1er décembre 1999, consulté le 16 janvier 2018 sur : *revsoc.me*.

**LAUCCI Cyril**

- « Deux modèles concurrents à la Cour Pénal Internationale : Quand le droit anglo-saxon s'impose », *Le Monde Diplomatique*, avril 2014, p. 16

**VAUDANO Maxime**

- « Congeler les morts, un business d'avenir », *Le Monde*, 6 janvier 2014, consulté sur : *lemonde.fr*.

**WEAVER Courtney**

- « Inside the weird world of cryonics », *Financial Times*, 18 décembre 2015, consulté sur: *ft.com*.

# INDEX GÉNÉRAL

**— A —**

Aéronef : 310, 321, 529, 794, 819, 825

**— C —**

Criminalité
- Atteintes à la vie de la personne : 121, 185, 190, 393, 411, 433, 440, 463, 497, 548, 556, 579, 604, 626, 685, 703, 788, 790, 797
- Corruption : 366, 716, 725, 728, 733
- Crimes contre l'humanité : 136, 148, 309, 322, 324, 334, 337, 354, 368
- Infractions contre les biens : 185, 435, 631, 633, 706, 806, 807
- Infractions économiques : 306, 319, 392, 449, 494, 560, 607, 631, 674, 678, 716, 825, 850
- Infractions sexuelles : 105, 496, 643, 679, 685, 793, 818
- organisée : 306, 347, 762
- Stupéfiants : 110, 289, 367, 369, 397, 397, 420, 444, 574, 742, 765, 791, 835, 853
- Terrorisme : 302, 310, 503, 551, 710
- Torture : 302, 359, 440, 484, 588, 625, 736, 740

**— D —**

Déclaration des droits de l'homme et du citoyen : 159, 207, 228, 331, 362, 737

Droit international
- Bonne foi : 102, 202, 523
- Cour internationale de justice : 411, 473, 504, 529, 565, 593
- Coutume : 65, 107, 587, 600, 840
- Effet de la signature : 102
- Haute mer : 397, 420, 420, 433, 519, 852
- Mer territoriale : 288, 358, 367, 397, 678, 836, 846, 872
- Réciprocité : 93, 94
- Zone économique exclusive : 848

Droit pénal américain (spécificités)
- Contrôle de constitutionnalité des traités : 179, 182, 189
- Correctif pénal (remedy) : 454, 459, 461, 467, 469
- Déclarations d'ineffectivité : 481, 487
- Exclusion de preuve (exclursionary rule) : 462, 464, 466, 471, 472
- Fédéralisme : 170, 172, 173, 181, 500, 501
- Habeas corpus : 437, 460, 469, 476, 500, 503, 551, 822
- Peine de mort : 448, 485, 602, 605, 624, 681, 682, 685, 687, 797

Droit pénal égyptien (spécificités)
- Charia : 49, 634, 636, 638, 642, 646
- Contrôle de constitutionnalité de la loi : 230, 242, 251, 253
- Rétroactivité in mitius : 151

Droit pénal français (sources)
- Code de justice militaire : 789
- Code de l'environnement : 308, 319, 825
- Code de sport : 314

**— E —**

Extradition : 6, 147, 247, 354, 386, 423, 431, 434, 439, 441, 545, 548, 556, 625, 627, 797, 831, 858

**— H —**

Hiérarchie des normes : 8, 43, 166, 171, 192, 211, 219, 229, 246, 719, 782, 799, 860

**— I —**

Incrimination
- Élément matériel : 302, 306, 312, 317, 335, 357, 358, 674, 678, 724, 741, 787, 825
- Élément moral : 326, 335, 358, 760, 762, 765, 806
- par renvoi : 183, 298, 305, 317, 325, 337, 825

**— J —**

Justice des mineurs : 121, 391, 602, 616, 671, 677, 682, 684, 869

**— N —**

Navire : 122, 302, 307, 313, 367, 392, 397, 420, 476, 600, 678, 756, 829, 835, 849, 853

**— P —**

Peines
- accessoires : 789
- complémentaires : 283, 284, 358, 447, 496, 706, 790
- Cumul des sanctions : 606
- de mort : 121, 196, 315, 448, 485, 570, 602, 624, 640, 681, 797
- Exécution des… : 195, 689

Principe de légalité
- Exigence d'une loi préalable : 108, 130, 139, 140, 276, 281, 286, 287, 292, 298, 309, 326, 366, 678, 757
- Principe de non-rétroactivité : 149, 151, 277, 327, 332
- Qualité de la loi préalable : 339, 346, 352, 362, 368, 639, 677, 737
- Rétroactivité in mitius : 152
- Rôle du juge pénal : 213, 229

Procédure pénale
- Commission rogatoire internationale : 366, 369, 631, 671, 821
- Compétence territoriale : 791, 802, 819, 829, 835, 848, 852
- Forclusion de moyen : 488, 491, 493, 500
- Fouille : 230, 364, 690
- Immunités : 67, 495, 557, 572, 630, 793, 843
- Ne bis in idem : 579, 606, 615, 669
- Partie civile : 368, 495, 716
- Perquisition : 139, 230, 252, 367, 397, 463, 829
- Prescription : 322, 325, 331, 492
- Preuve : 398, 454, 463

**— Q —**

Question prioritaire de constitutionnalité

- Contrôle des traités : 197, 238
- Précision de la loi pénale : 362, 737

# INDEX DES CONVENTIONS INTERNATIONALES

# DROIT PÉNAL DE FOND


Convention de Mannheim pour la navigation du Rhin (1868)
- Infraction complète : 282

Convention de protection des oiseaux migrateurs entre les États-Unis et le Canada (1916)
- Fédéralisme pénal : 183
- Incrimination par renvoi : 315

Liquor Treaty entre les États-Unis et la Royaume-Uni (1924)
- Infraction incomplète : 288
- Précision de l'incrimination : 358

Convention internationale relative aux stupéfiants (1925)
- Clarifier la loi interne : 745, 767, 769, 770

Convention internationale pour la répression du faux monnayage (1929)
- Confirmer une loi interne : 674

Convention unique sur les stupéfiants (1961)
- Clarifier la loi interne : 744, 747, 748, 749, 772
- Combiner les traités : 855
- Écarter la loi interne : 791
- Infraction incomplète : 289
- Précision de l'incrimination : 357
- QPC : 197

Convention relative aux infractions et à certains autres actes survenant à bord des aéronefs (1963)
- Compétence d'interprétation : 529
- Écarter la loi interne : 819

Convention sur l'élimination de la discrimination raciale (1966)
- Confirmer la loi interne : 667
- Incorporation de l'obligation de punir : 300

Convention de La Haye pour la répression de la capture illicite d'aéronefs (1970)
- Incrimination par renvoi : 310, 321, 825

Convention d'Oslo sur la prévention de la pollution maritime par les opérations d'immersion (1972)
- Incrimination par renvoi : 318

Convention pour la prévention de la pollution marine par les navires (1973)
- Combiner les traités : 851
- Incrimination par renvoi : 313, 319, 321
- Remplacer : 825

Convention internationale contre la prise d'otages (1979)
- Fédéralisme pénal : 184
- Incorporation : 302

Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (1979)
- Confirmer une loi interne : 679
- Ratification : 105

Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (1984)
- Clarifier la loi interne : 736, 740

- Déclaration d'ineffectivité : 482, 484
- Droit subjectif : 388
- Incorporation : 302
- Réserves : 625

Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination (1989)
- Infraction incomplète : 290
- Précision de l'incrimination : 357
- Publication : 140

Convention sur l'interdiction des armes chimiques (1993)
- Clarifier la loi interne : 754
- Fédéralisme pénal : 185, 187
- Incrimination par renvoi : 315
- Réserves : 592

Convention de l'ONU pour la répression des attentats terroristes à l'explosif (1997)
- Incrimination par renvoi : 310

Convention OCDE sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales (1997)
- Clarifier la loi interne : 725, 731, 734

Protocole additionnel de la Convention de Palerme sur la traite des personnes (2000)
- Incorporation de l'obligation de punir : 300

Convention des Nations Unies contre la corruption (2003)
- Confirmer la loi interne : 671
- Conformer la loi interne : 717

Convention internationale contre le dopage dans le sport (2005)
- Incrimination par renvoi : 314


## DROIT PÉNAL DE FORME


Traité relatif à l'organisation judiciaire de la Sarre (1948)
- Compétence d'interprétation : 530

Accord de Statut des forces de l'OTAN (1951)
- Compétence ratione personae : 190
- Droit à un jury : 190

Convention douanière franco-monégasque (1963)
- Compétence d'interprétation : 544


## DROIT PÉNAL INTERNATIONAL


Charte du Tribunal militaire international de Tokyo (1945)
- Publication : 136

- Ratification : 123

Statut du Tribunal militaire international de Nuremberg (1945)
- Imprescriptibilité : 322, 325, 326, 331
- Incrimination par renvoi : 309, 322, 325, 334
- Publication : 148

Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (1948)
- Incorporation de l'obligation de punir : 300
- Précision de l'incrimination : 355
- Réserves : 593

Statut de Rome de la Cour pénale internationale (1998)
- Infraction complète : 285
- Réserves : 592


## DROIT HUMANITAIRE


Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre (1929)
- Écarter la loi interne : 789

Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre (1949)
- Confirmer une loi interne : 683

Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre (1949)
- Correctif pénal (remedy) : 477
- Déférence : 581
- Droit subjectif : 444
- Légalité de détention : 444, 580

Quatre Conventions de Genève [bloc] (1949)
- Compétence d'interprétation : 551
- Déférence : 581, 582
- Écarter la loi interne : 822
- Incrimination par renvoi : 311
- Infraction incomplète : 294
- Précision de la norme procédurale : 368
- Tribunal régulièrement constitué : 477, 582, 822


## DROITS DE L'HOMME


Charte des Nations Unies (1945) : 120, 411, 569, 570

Convention relative au statut des réfugiés (1951)
- Combiner les traités : 858

Pacte international relatif aux droits civils et politiques (1966)
- Atteinte à l'honneur et à la réputation : 495
- Confirmer la loi interne : 668, 669, 677, 687, 691
- Déclaration d'ineffectivité : 482, 484

- Délai raisonnable : 447, 496
- Double degré de juridiction : 447, 449
- Droit à la dignité : 691
- Droit à la vie : 393, 485, 497
- Écarter la loi interne : 797, 806
- Forclusion du moyen : 495, 496, 497, 604
- Interdiction d'emprisonnement en matière contractuelle : 806
- Ne bis in idem : 579, 606, 669
- Peine de mort : 448, 485, 602, 604, 624, 687
- Peines et traitements cruels : 485
- Réserve de conformité à la Charia : 634, 648
- Réserves : 602, 609, 614, 616, 624

Pacte international relatif aux droits sociaux, économiques et culturels (1966)
- Droit au travail : 415, 447, 790
- Droit de grève : 2, 387, 803
- Écarter la loi interne : 790, 803

Protocole relatif au statut des réfugiés (1967)
- Clarifier la loi interne : 758
- Droit subjectif : 396

Convention internationale relative aux droits de l'enfant (1989)
- Confirmer la loi interne : 669, 677
- Culture du juge : 55
- Droit subjectif : 391, 401
- Écarter la loi interne : 788
- Forclusion du moyen : 494
- Indice rédactionnel : 414
- Ratification : 110, 121, 122, 135
- Réserves : 626

Convention relative aux droits des personnes handicapées (2006)
- Ratification : 110


## COOPÉRATION PÉNALE


Traité d'extradition entre les États-Unis et le Royaume-Uni (1842)
- Principe de spécialité : 433

Traité d'extradition entre les États-Unis et le Venezuela (1922)
- Écarter la loi interne : 797

Convention européenne d'extradition (1957)
- Droit subjectif : 428
- Entrée en vigueur : 147
- Réserves : 599, 627

Accord de coopération en matière de justice entre la France et le Mali (1962)
- Conflit constitution-traité : 247
- Interprétation neutralisante du traité : 247

Traité d'entraide judiciaire en matière pénale entre les États-Unis et la Suisse (1973)
- Droit subjectif : 406

Convention franco-sénégalaise relative à la coopération en matière judiciaire (1974)
- Compétence d'interprétation : 559

Traité d'extradition entre les États-Unis et le Mexique (1978)
- Male captus bene detentus : 441

Traité d'entraide judiciaire en matière pénale entre les États-Unis et la Russie (1999)
- Écarter : 821

Convention de coopération judiciaire et juridique entre l'Égypte et les Émirats Arabes Unis (2000)
- Compétence d'interprétation : 556
- Droit subjectif : 386

## DROIT INTERNATIONAL

Traité de San Ildefenso entre les États-Unis et l'Espagne (1800)
- Self-execution : 281

Convention de Chicago relative à l'aviation civile internationale (1944)
- Publication : 139
- Réserves : 622

Convention relative aux privilèges et immunités de la Ligue arabe (1953)
- Réserves : 630

Convention sur la mer territoriale et la zone contiguë (1958)
- Droit subjectif : 397

Convention de Vienne sur les relations diplomatiques (1961)
- Combiner les traités : 845
- Compétence d'interprétation : 550, 557
- Conformer la loi interne : 703
- Déférence : 572, 583

Convention de Vienne sur les relations consulaires (1963)
- Correctif pénal (remedy) : 452, 454, 471, 473
- Déférence : 569, 570, 576
- Droit subjectif : 398, 418
- Exclusion de preuve : 473
- Forclusion du moyen : 502
- Indice rédactionnel : 411
- Validité substantielle : 193

Convention de Vienne sur le droit des traités (1969)
- Bonne foi : 202, 523
- Combiner les traités : 839
- Déférence : 573
- Définition du traité : 60
- Pacta sunt servanda : 202
- Principes d'interprétation : 523, 525
- Réserves : 587, 592, 600
- Signature : 102, 106
- Valeur coutumière : 107, 587, 600

Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (1982)
- Combiner les traités : 851

- Compétence de la loi pénale : 367, 836
- Droit subjectif : 392
- Ratification : 122

Convention internationale sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures (1992)
- Incrimination par renvoi : 307

Convention de démarcation des frontières maritimes entre l'Égypte et l'Arabie Saoudite (2016)
- Ratification : 128

# INDEX DE JURISPRUDENCE

# JURIDICTIONS INTERNATIONALES

## COUR PERMANENTE DE JUSTICE INTERNATIONALE


CPJI, arrêt du 25 mai 1926, *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise*, Sér. A, n° 7
- Monisme : 8

CPJI, arrêt du 7 septembre 1927, *France c. Turquie*, affaire du S.S. Lotus, Sér. A, n° 10
- Droit subjectif : 404

CPJI, avis du 3 mars 1928, *Compétence des tribunaux de Dantzig*, Sér. B, n° 15
- Droit subjectif : 374

CPJI, avis du 4 févr. 1932, *Traitement des prisonniers de guerre polonais à Dantzig*, Sér. A/B, n° 44
- Droit subjectif : 262

CPJI, avis du 4 février 1932, *Traitement des prisonniers de guerre polonais à Dantzig*, Sér. A/B, n° 44
- Monisme : 8, 201

CPJI, avis du 28 mai 1951, *Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, *CIJ Recueil* 1951, p. 21.
- Réserves : 593


## COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE


CIJ, arrêt du 27 novembre 1950, *Demande d'interprétation de l'arrêt du 20 novembre 1950 en l'affaire du droit d'asile*, *CIJ Recueil* 1950, p. 395
- Interprétation : 521

CIJ, Affaire Ambatielos (compétence), 1er juillet 1952, *CIJ Recueil*, p. 40-44.
- Publication : 140

CIJ, *Affaire relative aux droits des ressortissants des États-Unis d'Amérique au Maroc*, 27 août 1952, arrêt, *CIJ Recueil* 1952, p. 176.
- Déférence : 571

CIJ, arrêt, 16 mars 2001, *Délimitation maritime et questions territoriales entre Qatar et Bahreïn*, *CIJ Recueil* 2001, p. 40
- Signature : 102

CIJ, *LaGrand (Allemagne c. États-Unis d'Amérique)*, 27 juin 2001, arrêt, *CIJ Recueil* 2001, p. 466
- Correctif pénal (remedy) : 473
- Forclusion : 504

CIJ, arrêt du 10 octobre 2002, *CIJ Recueil* 2002, p. 429
- Définition du traité : 60

CIJ, *Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. États- Unis d'Amérique)*, 31 mars 2004, arrêt, *CIJ Recueil* 2004, p. 12
- Correctif pénal (remedy) : 473
- Déférence : 568
- Forclusion : 504

# JURIDICTIONS INTERNES

## A. ÉGYPTE

### 1. HAUTE COUR CONSTITUTIONNELLE


HCC, 1 mars 1975, Req. n° 7, année judiciaire 2
- Force de loi des traités : 220

HCC, 5 février 1977, Req. n° 22, année judiciaire 6
- Acte de gouvernement : 124

HCC, 7 mai 1983, Req. n° 31, année judiciaire 3
- Force de loi des traités : 220

HCC, 21 janvier 1984, Req. n° 48, année judiciaire 4
- Acte de gouvernement : 124, 204
- Écarter : 802

HCC, 4 mai 1985, Req. n° 20, année judiciaire 1
- Charia : 642

HCC, 7 mai 1988, Req. n° 44, année judiciaire 7
- Bonne foi : 202

HCC, 6 février 1993, Req. n° 57, année judiciaire 4
- Convention de Vienne sur le droit des traités : 106
- Validité substantielle du traité : 214, 219, 242

HCC, 15 mai 1993, Req. n° 18, année judiciaire 10
- Charia : 642

HCC, 19 juin 1993, Req. n° 10, année judiciaire 14
- Validité substantielle du traité : 214, 242

HCC, 1er octobre 1994, Req. n° 20, année judiciaire 15
- Confirmer : 678

HCC, 17 décembre 1994, Req. n° 13, année judiciaire 15
- Références au droit français : 49

HCC, 18 mars 1995, Req. n° 23, année judiciaire 16
- Confirmer : 668

HCC, 15 juin 1996, Req. n° 49, année judiciaire 17
- Références au droit français : 49

HCC, 5 août 1995, Req. n° 8, année judiciaire 16
- Valeur des résolutions des Nations Unies : 71

HCC, 5 Août 1995, Req. n° 8, année judiciaire 16
- Confirmer : 676

HCC, 2 mars 1996, Req. n° 30, année judiciaire 17
- Définition de convention : 60
- Justiciabilité : 450
- Réserves : 587

HCC, 22 février 1997, Req. n° 48, année judiciaire 17
- Confirmer : 677
- Références au droit français : 49

HCC, 15 mars 1997, Req. n° 84, année judiciaire 17
- Principe de légalité : 276

HCC, 22 mars 1997, Req. n° 85, année judiciaire 17
- Confirmer : 677
- Références au droit français : 49

HCC, 2 août 1997, Req. n° 35, année judiciaire 17
- Références au droit américain : 56

HCC, 3 juin 2000, Req. n° 153, année judiciaire 21
- Confirmer : 668

HCC, 14 janvier 2007, Req. n° 220, année judiciaire 26
- Validité formelle : 135

HCC, 13 mai 2007, Req. n° 152, année judiciaire 27
- Confirmer : 677

HCC, 10 juin 2007, Req. n° 109, année judiciaire 27
- Confirmer : 668

HCC, 2 janvier 2011, Req. n° 198, année judiciaire 23
- Confirmer : 668

HCC, 4 mars 2012, Req. n° 199, année judiciaire 27
- Confirmer : 668

HCC, 14 octobre 2012, Req. n° 151, année judiciaire 27
- Force de loi des conventions : 220

HCC, 9 mai 2015, Req. n° 22, année judiciaire 29
- Écarter : 806

HCC, 25 juillet 2015, Req. n° 116, année judiciaire 29
- Écarter : 806

HCC, 14 janvier 2017, Req. n° 114, année judiciaire 29
- Écarter : 807

HCC, 3 mars 2018, Req. n° 12, année judiciaire 39
- Validité substantielle : 214

HCC, 6 avril 2019, Req. n° 131, année judiciaire 39
- Écarter : 807

## 2. COUR DE CASSATION

### a. Cour de cassation : chambre criminelle

Cass. Crim., 23 juin 1941, Req. n° 1469, année judiciaire 11
- Clarifier : 745

Cass. Crim., 10 avril 1944, Req. n° 156, année judiciaire 14
- Clarifier : 745

Cass. Crim., 12 avril 1955, Req. n° 1227, année judiciaire 24
- Compétence d'interprétation : 555

Cass. Crim., 13 juin 1961, Req. n° 1745, année judiciaire 30
- Précision (forme) : 369

Cass. Crim., 6 avril 1970, Req. n° 214, année judiciaire 40

- Clarifier : 767

Cass. Crim., 6 mars 1972, Req. n° 1627, année judiciaire 41
- Complétude : 290

Cass. Crim., 24 mars 1975, Req. n° 200, année judiciaire 45
- Validité substantielle : 230, 252

Cass. Crim., 26 octobre 1975, Req. n° 1104, année judiciaire 45
- Coutume internationale : 67
- Réserves : 630

Cass. Crim., 3 décembre 1978, Req. n° 1263, année judiciaire 48
- Forclusion : 492

Cass. Crim., 21 juin 1979, Req. n° 1058, année judiciaire 49
- Validité substantielle : 214, 252

Cass. Crim., 4 février 1982, Req. n° 2475, année judiciaire 51
- Complétude : 289
- Précision (fond) : 357

Cass. Crim., 26 décembre 1982, Req. n° 4321, année judiciaire 52
- Précision (forme) : 366

Cass. Crim., 14 avril 1983, Req. n° 5124, année judiciaire 52
- Charia : 49

Cass. Crim., 19 mars 1985, Req. n° 6382, année judiciaire 53
- Charia : 643

Cass. Crim., 4 juin 1986, Req. n° 671, année judiciaire 56
- Clarifier : 769
- Précision (forme) : 367
- Remplacer : 836

Cass. Crim., 22 octobre 1987, Req. n° 1432, année judiciaire 57
- Complétude : 289

Cass. Crim., 20 avril 1989, Req. n° 782, année judiciaire 58
- Forclusion : 492

Cass. Crim., 21 octobre 1991, Req. n° 46438, année judiciaire 59
- Validité substantielle : 252

Cass. Crim., 18 octobre 1992, Req. n° 589, année judiciaire 61
- Forclusion : 491

Cass. Crim., 12 juillet 1993, Req. n° 7698, année judiciaire 62
- Confirmer : 674

Cass. Crim., 15 septembre 1993, Req. n° 2605, année judiciaire 62
- Validité substantielle : 230

Cass. Crim., 19 juillet 1994, Req. n° 17096, année judiciaire 62
- Clarifier : 769

Cass. Crim., 3 janvier 1995, Req. n° 10909, année judiciaire 63
- Clarifier : 769

Cass. Crim., 10 décembre 1995, Req. n° 21609, année judiciaire 62
- Clarifier : 770

Cass. Crim., 15 mai 1997, Req. n° 20889, année judiciaire 62
- Charia : 643

Cass. Crim.,10 mai 1999, Req. n° 11286, année judiciaire 67

- Confirmer : 674

Cass. Crim., 28 juin 1999, Req. n° 12996, année judiciaire 64
- Précision (fond) : 348

Cass. Crim., 21 juillet 1999, Req. n° 48101, année judiciaire 59
- Forclusion : 492

Cass. Crim., 4 décembre 2001, Req. n° 23121, année judicaire 67
- Charia : 640

Cass. Crim., 19 octobre 2003, Req. n° 3487, année judiciaire 71
- Complétude : 290
- Précision (fond) : 357
- Publication : 140

Cass. Crim., 28 avril 2004, Req. n° 30342, année judiciaire 70
- Validité substantielle : 230, 253

Cass. Crim., 4 avril 2009, Req. n° 17251, année judiciaire 66
- Validité substantielle : 230, 253

Cass. Crim., 16 décembre 2009, Req. n° 37555, année judiciaire 72
- Charia : 643

Cass. Crim., 4 mars 2010, Req. n° 10664, année judiciaire 79
- Compétence d'interprétation : 556
- Droit subjectif : 386

Cass. Crim., 1er juillet 2010, Req. n° 11268, année judiciaire 79
- Clarifier : 763
- Publication : 135

Cass. Crim., 6 septembre 2012, Req. n° 2012, année judiciaire 75
- Charia : 643

Cass. Crim., 14 novembre 2013, Req. n° 11804, année judiciaire 82
- Validité substantielle : 242


## b. Cour de cassation : autres chambres


Cass. Civ., 10 mai 1966, Req. n° 303, année judiciaire 31
- Écarter : 781

Cass. Civ., 27 avril 1967, Req. n° 362, année judiciaire 33
- Publication : 146

Cass. Civ., 17 janvier 1979, Req. n° 450, année judiciaire 45
- Compétence d'interprétation : 554

Cass. Civ., 22 décembre 1980, Req. n° 66, année judiciaire 48
- Forclusion : 498

Cass. Civ., 25 mars 1982, Req. n° 295 et 311, année judiciaire 51
- Coutume : 67
- Ratification : 104

Cass. Civ., 30 janvier 1989, Req. n° 1537, année judiciaire 52
- Déférence : 577
- Interprétation : 525

Cass. Civ., 8 janvier 1990, Req. n° 108, année judiciaire 57
- Charia : 643

Cass. Com., 8 novembre 1993, Req. n° 2606, année judiciaire 56
- Compétence d'interprétation : 554

Cass. Civ., 15 novembre 1993, Req. n° 80, année judiciaire 53
- Validité substantielle : 214

Cass. Civ., 9 décembre 1993, Req. n° 2248, année judiciaire 53
- Compétence d'interprétation : 554

Cass. Civ., 25 mai 1999, Req. n° 3617 et 3826, année judiciaire 67
- Ratification : 127
- Validité substantielle : 224

Cass. Civ., 30 mars 2000, Req. n° 4, année judiciaire 69
- Validité substantielle : 208

Cass. Civ., 11 avril 2000, Req. n° 1810, année judiciaire 69
- Écarter : 799

Cass. Civ., 15 novembre 2001, Req. n° 5039, année judiciaire 70
- Écarter : 799

Cass. Civ., 7 mars 2003, Req. n° 3619, année judiciaire 63
- Confirmer : 668

Cass. Com., 12 juin 2003, Req. n° 6811, année judiciaire 63
- Droit subjectif : 388

Cass. Com., 10 janvier 2005, Req. n° 966, année judiciaire 73
- Droit subjectif : 388
- Écarter : 799

Cass. Com., 26 avril 2005, Req. n° 1133, année judiciaire 67
- Compétence d'interprétation : 554
- Droit subjectif : 388

Cass. Civ., 14 mai 2005, Req. n° 200, année judiciaire 66
- Écarter : 799

Cass. Com., 28 mars 2006, Req. n° 2525, année judiciaire 61
- Compétence d'interprétation : 554

Cass. Com., 11 avril 2006, Req. n° 979, année judiciaire 73
- Écarter : 799

Cass. Com., 23 février 2010, Req. n° 913, année judiciaire 73
- Écarter : 799

Cass. Com., 13 juin 2011, Req. n° 1896, année judiciaire 75
- Publication : 140

Cass. Com., 8 mai 2012, Req. n° 2345, année judiciaire 75
- Écluse : 13
- Publication : 130, 140

Cass. Civ., 27 février 2014, Req. n° 20952, année judiciaire 77
- Écarter : 799

Cass. Civ., 4 novembre 2015, Req. n° 6065, année judiciaire 84
- Bonne foi : 523

## 3. Juridictions administratives

CJA, 11 mai 1959, Req. n° 750, année judiciaire 12
- Droit subjectif : 388

CE, 13 juin 1982, Req. n° 1610, année judiciaire 26
- Validité substantielle : 208

CE, 6 janvier 1994, Req. n° 1264, année judiciaire 35
- Validité substantielle : 208

CE, 3 décembre 1994, Req. n° 943, année judiciaire 40
- Ratification : 124

CE, 24 novembre 2009, Req. n° 35502, année judiciaire 63
- Écluse : 83

CE, 21 avril 2013, Req. n° 13846, année judiciaire 59
- Ratification : 128

CJA, 17 février 2015, Req. n° 2147, année judiciaire 67
- Validité substantielle : 204

CE, 18 avril 2015, Req. n° 24587, année judiciaire 61
- Charia : 646
- Réserves : 646

CE, 16 janvier 2017, Req. n° 74236, année judiciaire 62
- Ratification : 128

### 4. Juridictions spécialisées

Cour suprême militaire, Req. n° 7, année 1976
- Compétence d'interprétation : 557

Cour de sûreté de l'État -Urgence, 16 avril 1987, Req. n° 4190, année 86
- Droit subjectif : 387
- Réserves : 645

## B. États-Unis

### 1. Cour suprême fédérale

*Ware v. Hylton*, 3 U.S. 199 (1796)
- Écarter : 796

*Calder v. Bull*, 3 Dall. 386 (1798)
- Non-rétroactivité : 277

*Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803)
- Validité substantielle : 171

*Murray v. Schooner Carming Betsy*, 6 U.S. 64 (1804)
- Conformer : 701
- Coutume : 68

*United States v. Hudson & Goodwin*, 11 U.S. (7 Cranch) 33 (1812)
- Fédéralisme pénal : 171

*United States v. Hudson & Goodwin*, 11 U.S. (7 Cranch) 32 (1812)

- Principe de légalité : 276

*Foster & Elam v. Neilson*, 27 U.S. 2 Pet. 253 (1829)
- Complétude : 281
- Effectivité : 262
- Indice rédactionnel : 409

*United States v. Percheman*, 32 U.S. 51 (1832)
- Indice rédactionnel : 409

*New Orleans v. United States*, 35 U.S. 662 (1836)
- Validité substantielle : 181

*Scott v. Sandford*, 60 U.S. 393 (1857)
- Originalisme : 41

*Cummings v. Missouri*, 71 US 277 (1867)
- Non-rétroactivité : 277

*Haver v. Yaker*, 76 U.S. 32 (1869)
- Ratification : 120
- Signature : 104

*The Cherokee Tobacco*, 78 U.S. 616 (1870)
- Autorité juridique du traité : 699

*United States v. Reese*, 92 U.S. 214 (1875)
- Précision (fond) : 350

*United States v. Fox*, 95 U. S. 670 (1878)
- Fédéralisme pénal : 171

*Whitney v. Robertson*, 124 U.S. 190 (1880)
- Autorité juridique du traité : 699

*United States v. Rauscher*, 119 U.S. 407 (1886)
- Correctif pénal (remedy) : 476
- Droit subjectif : 433

*Ker v. Illinois*, 119 U.S. 436 (1886)
- Droit subjectif : 435
- *Male captus bene detentus* : 436

*Boyd v. United States*, 116 U.S. 616 (1886)
- Exclusion de prevue : 462

*Mugler v. Kansas*, 123 U.S. 623 (1887)
- Fédéralisme pénal : 172

*Mali v. Keeper of the Common Jail of Hudson County*, 120 U.S. 1 (1887)
- Correctif pénal (remedy) : 476
- Déférence : 574

*Kidd v. Pearson*, 128 U.S. 1 (1888
- Fédéralisme pénal : 172

*Geofroy v. Riggs*, 133 U.S. 258 (1890)
- Principes d'interprétation : 524
- Validité substantielle : 182

*Wright v. Henkel*, 190 U.S. 40 (1903)
- Double incrimination : 434
- Droit subjectif : 434

*Macleod v. United States*, 229 U.S. 416 (1913)
- Conformer : 701

*Charlton v. Kelly*, 229 U.S. 447 (1913)
- Renvoi à l'exécutif : 548

*Weeks v. United States*, 232 U.S. 383 (1914)
- Exclusion de preuve : 462

*Patsone v. Pennsylvania*, 232 U.S. 138 (1914)
- Écarter : 796

*Missouri v. Holland*, 252 U.S. 416 (1920)
- Validité substantielle : 183

*Collins v. Loisel*, 259 U.S. 309 (1922)
- Double incrimination : 434
- Droit subjectif : 434

*Asakura v. City of Seattle*, 265 U.S. 332 (1924)
- Validité substantielle : 182

*Conally v. General Const. Co.*, 269 U.S. 385 (1926)
- Précision (fond) : 349

*Nielsen v. Johnson*, 279 U.S. 47 (1929)
- Principes d'interprétation : 524

*Factor v. Laubenheimer*, 290 U.S. 276 (1933)
- Principes d'interprétation : 524
- Renvoi à l'exécutif : 548

*Cook v. United States*, 288 U.S. 102 (1933)
- Substituer : 830

*United States v. Curtiss-Wright Export Corp.*, 299 U.S. 304 (1936)
- Executive agreements : 69

*Lanzetta v. New Jersey*, 306 U.S. 451 (1939)
- Précision (fond) : 349

*Bacardi Corp v. Domenech*, 311 U.S. 150 (1940)
- Ratification : 120

*United States v. Darby*, 312 U.S. 100 (1941)
- Fédéralisme pénal : 174

*United States v. Ragen*, 314 U.S. 513 (1942)
- Précision (fond) : 349

*United States v. Pink*, 315 U.S. 203 (1942)
- Autorité juridique du traité : 796
- Écarter : 796

*Oyama v. State of California*, 332 U.S. 633 (1948)
- Ratification : 120

*Wolf v. Colorado*, 338 U.S. 25 (1949)
- Exclusion de prevue : 463

*Johnson v. Eisentrager*, 339 U.S. 763 (1950)
- Correctif pénal (remedy) : 469

*Frisbie v. Collins*, 342 U.S. 519 (1952)
- Male captus bene detentus : 436

*Lauritzen v. Larsen*, 345 U.S. 571 (1953)
- Conformer : 705

*Reid v. Covert*, 354 U.S. 1 (1957)

- Autorité juridique du traité : 813
- Droit à un jury : 190
- Écarter : 813
- Validité substantielle : 192

*Benz v. Compania Naviera Hidalgo, S.A.*, 353 U.S. 138 (1957)
- Conformer : 705

*Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643 (1961)
- Exclusion de prevue : 464

*Kolovrat v. Oregon*, 366 US 187 (1961)
- Principes d'interprétation : 525, 548

*Bouie v City of Columbia*, 378 U.S. 347 (1964)
- Principe de légalité : 276

*Perez v. United States*, 402 U.S. 146 (1971)
- Fédéralisme pénal : 174

*Picard v. Connor*, 404 U.S. 270 (1971)
- Forclusion : 500

*Grayned v. City of Rockford*, 408 U.S. 104 (1972)
- Précision (fond) : 349

*Papachristou v. Jacksonville*, 405 U.S. 156 (1972)
- Précision (fond) : 350

*Smith v. Goguen*, 415 U.S. 566 (1974)
- Précision (fond) : 350

*Mathews v. Eldridge*, 424 U.S. 319 (1976)
- Légalité procédurale : 363

*Francis v. Henderson*, 425 U.S. 536 (1976)
- Forclusion : 500

*United States v. Batchelder*, 442 U.S. 114 (1979)
- Précision (fond) : 350

*United States v. Morrison*, 449 U.S. 361 (1981)
- Correctif pénal (remedy) : 461

*Engle v. Isaac*, 546 U.S. 107 (1982)
- Forclusion : 500

*United States v. Frady*, 456 U.S. 152 (1982)
- Forclusion : 501

*Weinberger v. Rossi*, 456 U.S. 25 (1982)
- Conformer : 705
- Écarter : 812

*Akron v. Akron Ctr. for Reprod. Health*, 462 U.S. 416 (1983)
- Précision (fond) : 350

*Kolender v. Lawson*, 461 U.S. 352 (1983)
- Légalité procédurale : 364

*Air France v. Saks*, 470 US 392 (1985)
- Déférence : 575

*Miller v. Florida*, 482 U.S. 423 (1987)
- Principe de légalité : 276

*Boos v. Barry*, 485 U.S. 312 (1988)

- Validité substantielle : 193

*Volkswagenwerk Aktiengesellschaft v. Schlunk*, 486 U.S. 694 (1988)
- Principes d'interprétation : 525

*Thompson v. Oklahoma*, 487 U.S. 815 (1988)
- Confirmer : 682

*United States v. Stuart*, 489 US 353 (1989)
- Renvoi à l'exécutif : 548

*Chan v. Korean Air Lines*, 490 US 122 (1989)
- Déférence : 575

*Stanford v. Kentucky*, 492 U.S. 361 (1989)
- Confirmer : 685

*Collins v. Youngblood*, 497 U.S. 37 (1990)
- Non-rétroactivité : 277

*Payne v. Tennessee*, 501 U.S. 808 (1991)
- Culture du juge : 54

*Eastern Airlines Inc. v. Floyd*, 499 U.S. 530 (1991)
- Déférence : 575

*Coleman v. Thompson*, 501 U.S. 722 (1991)
- Forclusion : 501

*United States v. Alvarez-Machain*, 504 U.S. 655 (1992)
- Autorité juridique du traité : 441
- Male captus bene detentus : 441

*Herrera v. Collins*, 506 U.S. 390 (1993)
- Correctif pénal (remedy) : 460

*United States v. Lopez*, 514 U.S. 549 (1995)
- Fédéralisme pénal : 175

*Duncan v. Henry*, 513 U.S. 364 (1995)
- Forclusion : 500

*Vimar Seguros y Reaseguros, S. A. v. M/V Sky Reefer*, 515 U.S. 528 (1995)
- Conformer : 701
- Respect du droit international : 701

*Zicherman v. Korean Air Lines Co.*, 516 U.S. 217 (1996)
- Déférence : 575

*Breard v. Green*, 523 U.S. 371 (1998)
- Déférence : 567
- Écarter : 820
- Forclusion : 503

*City of Chicago v. Morales*, 527 U.S. 41 (1999)
- Précision (fond) : 350

*El Al Israel Airlines v. Tsui Yuan Tseng*, 525 US 155 (1999)
- Déférence : 575

*Jones v. United States*, 529 U.S. 848 (2000)
- Fédéralisme pénal : 177

*Rogers v. Tennessee*, 532 U.S. 451 (2001)
- Non-rétroactivité : 277

*Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306 (2003)

- Confirmer : 667

*Sosa v. Alvarez-Machain*, 542 U.S. 692 (2004)
- Déclaration d'ineffectivité : 484
- Droit international dérivé : 72

*Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551 (2005)
- Confirmer : 684

*Hamdan v. Rumsfeld*, 548 U.S. 557 (2006)
- Correctif pénal (remedy) : 477
- Déférence : 582
- Droit subjectif : 445
- Écarter : 822
- Renvoi à l'exécutif : 551

*Sanchez-Llamas v. Oregon*, 548 U.S. 331 (2006)
- Correctif pénal (remedy) : 454, 472
- Déférence : 566
- Forclusion : 504

*Medellin v. Texas*, 552 U.S. 491 (2008)
- Droit subjectif : 399
- Indice rédactionnel : 411

*Graham v. Florida*, 560 U.S. 48 (2010)
- Confirmer : 688

*Bond v. United States*, 134 S. Ct. 2077 (2014)
- Clarifier : 750
- Incrimination par renvoi : 315
- Validité substantielle : 185

*Johnson v. United States*, 135 S.Ct. 2551 (2015)
- Précision (fond) : 350


## 2. Juridictions fédérales


*The Over the Top v. Bissell*, 5 F.2d 838 (D. Conn. 1925)
- Complétude : 288
- Précision (fond) : 358

*Power Authority of New York v. Federal Power Commission*, 247 F.2d 538 (1957)
- Déclaration d'ineffectivité : 482

*Holmes v. Laird*, 459 F.2d 1211 (D.C. Cir. 1972)
- Correctif pénal (remedy) : 469

*Shapiro v. Ferrandina*, 478 F.2d 894 (2nd Cir. 1973)
- Droit subjectif : 433
- Extradition : 433

*United States v. Toscanino*, 500 F.2d 267 (2nd Cir. 1974)
- Droit subjectif : 437
- Male captus bene detentus : 437

*United States ex rel. Lujan v. Gengler*, 510 F.2d 62, 67 (2nd Cir. 1975)
- Droit subjectif : 437
- Male captus bene detentus : 437

*Diggs v. Richardson*, 555 F.2d 848 (D.C. Cir. 1976)

- Droit international dérivé : 72
- Indice rédactionnel : 408

*Huynh Thi Anh v. Levi*, 586 F.2d 625 (1978)
- Droit subjectif : 445

*Benjamins v. British European Airways*, 572 F.2d 913 (2nd Cir. 1978)
- Déférence : 575

*United States v. Postal*, 589 F.2d 862 (5th Cir. 1979)
- Indice rédactionnel : 408

*United States v. Morrison*, 602 F.2d 529 (3d Cir. 1979)
- Correctif pénal (remedy) : 461

*United States v. Cortes*, 588 F.2d 106 (5th Cir. 1979)
- Déférence : 574

*Lareau v. Manson*, 507 F.Supp. 1177 (D.Conn. 1980)
- Confirmer : 689

*Hopson v. Kreps*, 622 F.2d 1375 (9th Cir. 1980)
- Clarifier : 721
- Complétude : 289

*In re alien children litigation*, 501 F. Supp. 544 (S.D. Tex. 1980)
- Indice rédactionnel : 408

*Lawson v. Kolender*, 658 F.2d 1362 (9th Cir. 1981)
- Légalité procédurale : 364

*Cardenas v. Smith*, 733 F.2d 909 (D.C. Cir. 1984)
- Droit subjectif : 406

*Tel-Oren v. Lybian Arab Republic*, 726 F.2d 774 (D.C. Cir. 1984)
- Droit subjectif : 444
- Indice rédactionnel : 410

*United States v. Bent-santana*, 774 F.2d 1545 (11th Cir. 1985)
- Droit subjectif : 397

*United States v. Peterson*, 812 F.2d 486 (9th Cir. 1987)
- Droit subjectif : 397

*United States v. Thirion*, 813 F.2d 146 (8th Cir. 1987)
- Droit subjectif : 433
- Principe de spécialité : 433

*United States v. DiTommaso*, 817 F.2d 201 (2nd Cir. 1987)
- Droit subjectif : 433
- Extradition : 433

*Sahagian v. United States*, 864 F.2d 509 (7th Cir. 1988)
- Validité substantielle : 193

*United States v. Palestine Liberation Organization*, 695 F. Supp. 1456 (S.D.N.Y. 1988)
- Conformer : 711

*United States v. Cuevas*, 847 F.2d 1417 (9th Cir. 1988)
- Droit subjectif : 433

*United States v. Kaufman*, 874 F2d 242 (5th Cir. 1989)
- Droit subjectif : 433
- Extradition : 433

*Leighnor v. Turner*, 884 F.2d 385 (8th Cir. 1989)

- Droit subjectif : 433

*United States v. Diwan*, 864 F.2d 715 (11th Cir. 1989)
- Droit subjectif : 433

*United States v. Georgescu*, 723 F. Supp. 912 (E.D.N.Y. 1989)
- Conformer : 701
- Écarter : 820

*United States v. Aguilar*, 883 F.2d 662 (9th Cir. 1989)
- Clarifier : 758

*United States v. Levy*, 905 F.2d 326 (10th Cir. 1990)
- Droit subjectif : 433
- Principe de spécialité : 433

*United States v. Caro-Quintero*, 745 F. Supp. 599 (C.D. Cal. 1990)
- Droit subjectif : 438
- Male captus bene detentus : 440

*Matta-ballesteros v. Henman*, 896 F.2d 255 (7th Cir. 1990)
- Droit subjectif : 437
- Male captus bene detentus : 437

*United States v. Thompson*, 928 F.2d 1060 (11th Cir. 1991)
- Droit subjectif : 397

*United States v. Riviere*, 924 F.2d 1289 (3rd Cir. 1991)
- Droit subjectif : 433

*United States v. Alvarez-Machain*, 946 F.2d 1466 (9th Cir. 1991)
- Droit subjectif : 440
- Male captus bene detentus : 440

*United States v. Verdugo-Urquidez*, 939 F.2d 1341 (1991)
- Droit subjectif : 439
- Male captus bene detentus : 439

*United States v. Yunis*, 924 F.2d 1086 (D.D.C 1991)
- Conformer : 703

*United States v. Noriega*, 808 F. Supp. 791 (S.D. Fla. 1992)
- Déférence : 580
- Droit subjectif : 444

*United States v. Merit*, 962 F.2d 917 (9th Cir. 1992)
- Double incrimination : 434
- Droit subjectif : 434

*United States v. Puentes*, 50 F.3d 1567 (11th Cir. 1995)
- Droit subjectif : 433

*Murphy v. Netherlands*, 166 F.3d 97 (4th Cir. 1997)
- Correctif pénal (remedy) : 472
- Forclusion : 502

*In re extradition of Cheung*, 968 F. Supp. 791 (D. Conn. 1997)
- Déclaration d'ineffectivité : 484
- Réserves : 625

*Breard v. Pruett*, 134 F.3d 615 (4th Cir. 1998)
- Forclusion : 502

*United States v. Lue*, 134 F.3d 79 (2d Cir. 1998)
- Incorporation : 302

- Validité substantielle : 184

*Clarey v. Gregg*, 138 F.3d 764 (9th Cir. 1998)
- Double incrimination : 434
- Droit subjectif : 434

*United States v. Benitez*, 28 F.Supp.2d 1361 (S.D. Fla. 1998)
- Droit subjectif : 448

*Maria v. McElroy*, 68 F. Supp. 2d 206 (E.D.N.Y. 1999)
- Autorité juridique du traité : 707
- Conformer : 706
- Déférence : 579

*United States v. Alvarado—Torres*, 45 F.Supp.2d 986 (S.D.Cal. 1999)
- Correctif pénal (remedy) : 478

*Putman v. Turpin*, 53 F. Supp. 2d 1285 (M.D.Ga. 1999)
- Forclusion : 501

*United States v. Duarte-Acero*, 208 F.3d 1282 (11th Cir. 2000)
- Autorité juridique du traité : 89
- Déférence : 579

*United States v. Page*, 232 F.3d 536 (6th Cir.2000)
- Correctif pénal (remedy) : 472

*United States v. Raven*, 103 F.Supp.2d 38 (D.Mass.2000)
- Correctif pénal (remedy) : 478

*United States v. Li*, 206 F.3d 56 (1st Cir. 2000)
- Correctif pénal (remedy) : 472
- Renvoi à l'exécutif : 549

*United States v. Lombera-Camorlinga*, 206 F.3d 882 (9th Cir.2000)
- Correctif pénal (remedy) : 472
- Déférence : 576
- Renvoi à l'exécutif : 549

*United States v. Chaparro-Alcantara*, 226 F.3d 616 (7th Cir. 2000)
- Correctif pénal (remedy) : 472

*Gallo-Chamorro v. United States*, 233 F.3d 1298 (11th Cir. 2000)
- Double incrimination : 434
- Droit subjectif : 434

*United States v. De La Pava*, 268 F.3d 157 (2d Cir. 2001)
- Correctif pénal (remedy) : 472

*United States v. Ferreira*, 275 F.3d 1020 (11th Cir. 2001)
- Incorporation : 302
- Validité substantielle : 184

*United States v. Loy*, 237 F.3d 251 (3rd Cir. 2001)
- Précision (fond) : 350

*United States v. Jimenez-Nava*, 243 F.3d 192 (5th Cir. 2001)
- Correctif pénal (remedy) : 472
- Déférence : 576
- Droit subjectif : 398, 410
- Renvoi à l'exécutif : 549

*Beazley v. Johnson*, 242 F.3d 248 (5th Cir. 2001)
- Réserves : 604

*Gonzalez v. Gutierrez*, 311 F.3d 942 (9th Cir. 2002)
- Valeur coutumière de la Convention de Vienne : 107

*Tachiona Ex Rel. Tachiona v. Mugabe*, 186 F. Supp. 2d 383 (SDNY 2002)
- Renvoi à l'exécutif : 550

*United States v. Lindh*, 212 F.Supp.2d 541 (E.D.Va. 2002)
- Droit subjectif : 444
- Renvoi à l'exécutif : 548

*United States v. Ortiz*, 315 F.3d 873 (8th Cir. 2002)
- Correctif pénal (remedy) : 472

*United States v. Duarte-Acero*, 296 F.3d 1277 (11th Cir. 2002)
- Correctif pénal (remedy) : 472

*United States v. Yousef*, 327 F.3d 56 (2d Cir. 2003)
- Valeur coutumière de la Convention de Vienne : 107

*Flores v. Southern Peru Copper Corp.*, 414 F.3d 233 (2d Cir. 2003)
- Signature : 104

*Hamdi v. Rumsfeld*, 316 F.3d 450 (2003)
- Droit subjectif : 402, 445

*Saint Fort v. Ashcroft*, 329 F.3d 191 (1st Cir. 2003)
- Déclaration d'ineffectivité : 484

*Wang v. Ashcroft*, 320 F.3d 130 (2d Cir. 2003)
- Déclaration d'ineffectivité : 484

*Guaylupo-Moya v. Gonzales*, 423 F.3d 121 (2nd Cir. 2005)
- Autorité juridique du traité : 89

*Hamdan v. Rumsfeld*, 415 F.3d 33 (D.C. Cir. 2005)
- Renvoi à l'exécutif : 551

*Avero Belguim Ins. v. American Airlines*, 423 F.3d 73 (2d Cir. 2005)
- Ratification : 122

*Jogi v. Voges*, 425 F.3d 367 (7th Cir. 2005)
- Droit subjectif : 402, 418

*Maharaj v. Crosby*, 432 F.3d 1292 (11th Cir. 2005)
- Correctif pénal (remedy) : 472

*Auguste v. Ridge*, 3950 F.3d 123 (3rd Cir. 2005)
- Réserves : 625

*U.S. v. Abrogar*, 459 F.3d 430 (3rd Cir. 2006)
- Incrimination par renvoi : 321

*Benitez v. Garcia*, 449 F.3d 971 (9th Cir. 2006)
- Écarter : 797

*Payne-Barahona v. Gonzales*, 474 F.3d 1 (1st Cir. 2007)
- Autorité juridique du traité : 89

*In re Iraq Afghanistan detainees litigation*, 479 F. Supp. 2d 85 (D.D.C. 2007)
- Droit subjectif : 445
- Indice rédactionnel : 410

*United States v. Jho*, 534 F.3d 398 (5d Cir. 2008)
- Incrimination par renvoi : 321
- Ratification : 122

*Mora v. New York*, 524 F.3d 183 (2d Cir. 2008)

- Droit subjectif : 412

*Osagiede v. United States*, 543 F.3d 399 (7th Cir. 2008)
- Droit subjectif : 398
- Forclusion : 505

*Manta v. Chertoff*, 518 F.3d 1134 (9th Cir. 2008)
- Double incrimination : 434
- Droit subjectif : 434

*United States v. Casaran-Rivas*, 311 F. App'x 269 (11th Cir. 2009)
- Droit subjectif : 402

*United States v. Belfast*, 611 F.3d 783 (11th Cir. 2010)
- Incorporation : 302

*Al-Bihani v. Obama*, 619 F.3d 1 (D.C. Cir. 2010)
- Droit subjectif : 445

*United States v. Aguilar*, 783 F.Supp.2d 1108 (C.D. California 2011)
- Clarifier : 732
- Conformer : 703

*Roeder v. Islamic Republic of Iran*, 646 F.3d 56 (D.C. Cir. 2011)
- Écarter : 812

*In re premises located at 840 140th Ave. NE, Bellevue, Wash.*, 634 F.3d 557 (9th Cir. 2011)
- Écarter : 821

*U.S. v. Pena*, 684 F.3d 1137 (11th Cir. 2012)
- Incrimination par renvoi : 321

*In re West Caribbean Airways*, 2012 WL 1884684 (S.D. Florida)
- Déférence : 575

*Blue Ridge Investments v. Republic of Argentina*, 735 F.3d 72 (2d Cir. 2013)
- Signature : 104

*Ozaltin v. Ozaltin*, 708 F.3d 355 (2d Cir. 2013)
- Ratification : 122

*United States v. Esquenazi*, 752 F.3d 912 (11th Cir. 2014)
- Clarifier : 734

*Pfeifer v. United States Bureau of Prison*, 615 F.2d 873 (9th Cir. 2015)
- Validité substantielle : 193

*U.S. v. Levenderis*, 806 F.3d 390 (6th Cir. 2015)
- Incrimination par renvoi : 315

*U.S. v. Fafalios*, 2015 WL 423027 (E.D. Louisiana 2015)
- Incrimination par renvoi : 321

*United States v. Abu Khatallah*, 151 F.Supp.3d 116 (D.D.C 2015)
- Conformer : 703

*United States v. Gonzalez-Longoria*, 831 F.3d 670 (5th Cir. 2016)
- Précision (fond) : 350

*Oxygene v. Lynch*, 813 F.3d 541 (4th Cir. 2016)
- Réserves : 625


## 3. JURIDICTIONS ÉTATIQUES

**— A —**

Alabama : *Ex parte Pressley*, 770 So.2d 143 (Ala. 2000)
- Réserves : 602, 616

Alabama : *Duncan v. State*, 925 So.2d 245 (Ala. Crim. App. 2005)
- Confirmer : 688

Alabama : *Sharifi v. State*, 993 So. 2d 907 (Ala. Crim. App. 2008)
- Droit subjectif : 402, 448

Alabama : *Albarran v. State*, 96 So. 3d 131 (Ala. Crim. App. 2011)
- Droit subjectif : 398

Arizona : *State v. Prasertphong*, 75 P.3d 675 (AZ 2003)
- Correctif pénal (remedy) : 472

Arizona : *State v. Soto-Portillo*, No. 1 CA-CR 11-0493, 2012 WL 6599808 (Ariz. Ct. App. Dec. 18, 2012)
- Droit subjectif : 398

**— C —**

Californie : *Fuji v. State*, 38 Cal.2d 718 (1952)
- Indice rédactionnel : 408

Californie : *People v. Brown*, 93 P.3d 244 (Cal. 2004)
- Réserves : 624

Californie : *People v. Perry*, 132 P.3d 235 (Cal. 2006)
- Réserves : 624

Californie : *People v. Dyleski*, n° A115725, 2009 WL 1114077 (Cal. Ct. App. Apr. 27, 2009)
- Ratification : 122

Caroline du Nord : *State v. Smith*, 352 N.C. 531 (N.C. 2000)
- Écarter : 797

Connecticut : *In re Death Penalty Disparity Claims*, 2013 WL 5879422 (Conn. Super. Ct. Oct. 11, 2013)
- Droit subjectif : 448

**— H —**

Hawaï : *State v. Romano*, 155 P.3d 1102, 1115 (Haw. 2007)
- Confirmer : 679
- Signature : 105

**— I —**

Illinois : *Bartlow v. Costigan*, 2014 IL 115152, 13 N.E.3d 1216 (2014)
- Précision (fond) : 339

*Iowa : State v. Buenaventura*, 660 N.W.2d 38 (Iowa 2003)
- Correctif pénal (remedy) : 472

**— K —**

Kansas : *State v. Yenzer*, 40 Kan.App.2d 710 (Kan. App. 2008)
- Correctif pénal (remedy) : 466
- Exclusion de preuve : 466

**— N —**

Nevada : *Domingues v. State*, 961 P.2d 1279 (Nev. 1998)
- Réserves : 603, 616

Nevada : *Servin v. State*, 32 P.3d 1277 (Nev. 2001)
- Réserves : 624

New Jersey : *State v. Homdzuik*, 369 N.J.Super 279 (NJ 2004)
- Correctif pénal (remedy) : 472

New York : *In re Mark C.H.*, 906 N.Y.S.2d 419 (N.Y. County Sur. Ct. 2010)
- Signature : 110

**— O —**

Ohio : *State v. Tenace*, n° L-00-1002, 2003 WL 21500249 (Ohio App. June 30, 2003)
- Déclaration d'ineffectivité : 485

Oklahoma : *Torres v. State*, 120 P.3d 1184 (Oklahoma 2005)
- Correctif pénal (remedy) : 478
- Déférence : 568

Oregon : *Sterling v. Cupp*, 625 P.2d 123 (Or. 1981)
- Confirmer : 690

**— T —**

Tennessee : *State v. Carpenter*, 69 S.W.3d 568, 578—79 (Tenn. Crim. App. 2001)
- Ne bis in idem : 122
- Ratification : 122

Tennessee : *Young Bok Song v. Carlton*, 2011 WL 900059 (Tenn. Crim. App. Mar. 16, 2011)
- Correctif pénal (remedy) : 469
- Déférence : 576

Texas : *Blandford v. State*, 20 Tex. App. 627 (1881)
- Complétude : 288

**— U —**

Utah : *Bott v. DeLand*, 922 P.2d 732 (Ut. 1996)
- Confirmer : 692

**— W —**

Washington : *Matter of Troupe*, 423 P.3d 878 (2018)
- Légalité procédurale : 363

Wisconsin : *State v. Straehler*, 307 Wis.2d 360 (Wis. App. 2007)
- Correctif pénal (remedy) : 466
- Exclusion de preuve : 466

## C. FRANCE

### 1. CONSEIL CONSTITUTIONNEL

Cons. Const., 15 janvier 1975, n° 74-54 DC, *Recueil* p. 19
- Écarter : 785

Cons. Const., 20 janvier 1981, JCP 1991, II, n° 19701, note FRANCK
- Validité substantielle : 229

Cons. Const., 29 décembre 1983, n° 83-164 DC, *Recueil* p. 67.
- Rôle du juge pénal : 228

Cons. Const., 18 janvier 1985, n° 84-183 DC, *Recueil* p. 32
- Précision (fond) : 347

Cons. Const., 17 janvier 1989, n° 88-248 DC, *Recueil* p. 18
- Légalité procédurale : 362

Cons. Const., 25 février 1992, n° 92-307 DC, *Recueil* p. 48
- Publication : 149

Cons. Const., 9 avril 1992, n° 92-308 DC, *Recueil* p. 55
- Bonne foi : 202
- Publication : 135

Cons. Const., 22 janvier 1999, *Traité portant Statut de la Cour pénal internationale*, n° 98-408 DC, *Recueil* p. 29.
- Bonne foi : 202

Cons. Const., 15 juin 1999, n° 99-412 DC, *Recueil*, p. 71
- Réserves : 621

Cons. Const., 12 janvier 2002, n° 2001-455 DC, *Recueil* p. 49
- Précision (fond) : 347

Cons. Const., 13 mars 2003, n° 2003-467 DC, *Recueil* p. 211
- Interprétation neutralisante : 246

Cons. Const., 9 avril 2003, n° 2003-470 DC, *Recueil* p. 359
- Ratification : 117

Cons. Const., 2 mars 2004, n° 2004-492 DC, *Recueil* p. 66
- Interprétation neutralisante : 246
- Précision (fond) : 347

Cons. Const. 21 avril 2005, n° 2005-512 DC, *Recueil* p. 72
- Effectivité pénale : 269

Cons. Const., 9 avril 2009, n° 2009-579 DC, *Recueil*, p. 84
- Réserves : 591

Cons. Const., 2 mars 2018, n° 2017-694 QPC, *JORF* du 3 mars 2018, texte n° 55
- Validité substantielle : 239

## 2. COUR DE CASSATION

### a. Cour de cassation : Chambre criminelle

Cass. Crim., 23 février 1912, *King*, *DP* 1915.1.84
- Autorité juridique du traité : 22

Cass. Crim., 27 juillet 1951, *B.* n° 235
- Compétence d'interprétation : 530

Cass. Crim., 29 novembre 1951, *B.* n° 325

- Compétence d'interprétation : 530

Cass. Crim., 20 décembre 1951, *B.* n° 348
- Droit subjectif : 426

Cass. Crim., 24 mars 1953, *B.* n° 115, p. 191
- Compétence d'interprétation : 539

Cass. Crim., 4 mars 1954, *B.* n° 102, p. 182
- Déférence : 571

Cass. Crim., 29 juin 1954, *B.* n° 238
- Écarter : 789

Cass. Crim., 22 juillet 1954, *B.* n° 268
- Droit subjectif : 426

Cass. Crim., 25 mai 1956, *B.* n° 388, p. 718
- Compétence d'interprétation : 540

Cass. Crim., 26 novembre 1957, *B.* n° 768, p. 1390
- Compétence d'interprétation : 540

Cass. Crim., 2 janvier 1959, *B.* n° 5, p. 7
- Compétence d'interprétation : 541

Cass. Crim., 22 janvier 1963, *B.* n° 34
- Compétence d'interprétation : 540

Cass. Crim., 8 novembre 1963, *B.* n° 315
- Publication : 139
- Réserves : 622

Cass. Crim., 4 juin 1964, *Argoud*, *B.* n° 192
- Droit subjectif : 426

Cass. Crim., 1er décembre 1966, *B.* n° 275, p. 621
- Compétence d'interprétation : 541
- Droit subjectif : 382
- Ratification : 123
- Validité substantielle : 204

Cass. Crim., 14 mars 1967, *B.* n° 103
- Droit subjectif : 426

Cass. Crim., 6 mai 1969, *Bull. crim.*, n° 153
- Infraction complète : 282

Cass. Crim., 3 décembre 1969, *B.* n° 325
- Écarter : 784

Cass. Crim., 22 décembre 1969, *B.* n° 355
- Droit subjectif : 426

Cass. Crim., 22 octobre 1970, *B.* n° 276, p. 657
- Écarter : 803

Cass. Crim., 18 février 1971, *B. crim.* n° 57, p. 143
- Office du juge pénal : 381

Cass. Crim., 7 janvier 1972, *Dalloz* 1972, p. 497
- Ratification : 123

Cass. Crim., 9 mai 1972, *B.* n° 159, p. 403
- Compétence d'interprétation : 539
- Ratification : 123

- Validité substantielle : 204

Cass. Crim., 29 juin 1972, *B.* n° 226, p. 591
- Publication : 139

Cass. Crim., 29 juin 1972, *B.* n° 227, p. 595
- Compétence d'interprétation : 539

Cass. Crim., 1er mars 1973, *B.* n° 107, p. 255
- Compétence d'interprétation : 545
- Écarter : 787
- Infraction complète : 293

Cass. Crim., 27 juin 1973, *B.* n° 305, p. 735
- Compétence d'interprétation : 540
- Publication : 139

Cass. Crim., 9 janvier 1975, *B. crim.* n° 11, p. 32
- Forclusion : 493

Cass. Crim., 6 février 1975, *B.* n° 42, p. 113
- Incrimination par renvoi : 326, 334

Cass. Crim., 11 juin 1975, *Bull. crim.*, n° 153, p. 429
- Infraction complete : 282

Cass. Crim., 4 décembre 1975, n° 269, p. 714
- Compétence d'interprétation : 544

Cass. Crim., 30 juin 1976, *B.* n° 236, p. 620
- Compétence d'interprétation : 541

Cass. Crim., 10 mai 1977, *B. crim.* n° 165, p. 411
- Forclusion : 493

Cass. Crim., 19 janvier 1982, *B.* n° 16
- Compétence d'interprétation : 540

Cass. Crim., 6 octobre 1983, *B.* n° 239
- Incrimination par renvoi : 333

Cass. Crim. 13 décembre 1983, *B.* n° 340
- Écarter : 792

Cass. Crim., 26 janvier 1984, *B.* n° 34
- Compétence d'interprétation : 540
- Incrimination par renvoi : 333

Cass. Crim., 21 septembre 1984, *B.* n° 274
- Combiner : 858

Cass. Crim., 12 décembre 1984, *B.* n° 402
- Clarifier : 747

Cass. Crim., 3 juin 1985, *B.* n° 212, p. 542
- Compétence d'interprétation : 539

Cass. Crim., 19 novembre 1985, *B.* n° 376
- Droit subjectif : 426

Cass. Crim., 26 novembre 1985, *B.* n° 376
- Droit subjectif : 426

Cass. Crim., 20 décembre 1985, *B.* n° 407
- Incrimination par renvoi : 326

14 janvier 1986, *B.* n° 23, p. 54

- Droit subjectif : 426

Cass. Crim., 11 juin 1986, *PG/Asseraf*, *B.* 203
- Signature : 43

Cass. Crim., 6 octobre 1986, *B.* n° 269, p. 679
- Combiner : 859
- Publication : 147
- Réserves : 599

Cass. Crim., 4 novembre 1986, *B.* n° 319, p. 809
- Droit subjectif : 428

Cass. Crim., 5 novembre 1986, n° 325, p. 831
- Combiner : 859
- Publication : 147

Cass. Crim., 10 mars 1987, *B.* n° 117, p. 329
- Droit subjectif : 428

Cass. Crim., 24 mars 1987, *B.* n° 137, p. 380
- Droit subjectif : 428

Cass. Crim., 7 avril 1987, *B. crim.* n° 160, p. 435
- Forclusion : 493
- Office du juge pénal : 381

Cass. Crim., 28 avril 1987, *B.* n° 171, p. 457
- Droit subjectif : 428

Cass. Crim., 10 mai 1988, *B.* n° 201, p. 521
- Compétence d'interprétation : 539

Cass. Crim., 3 juin 1988, *B.* n° 246, p. 637
- Incrimination par renvoi : 335

Cass. Crim., 7 juin 1988, *B.* n° 257
- Compétence d'interprétation : 540

Cass. Crim., 17 octobre 1988, *B.* n° 347, p. 934
- Clarifier : 772
- Écarter : 785

Cass. Crim., 24 novembre 1989, *Bull. crim.*, n° 440, p. 1073
- Validité substantielle : 228

Cass. Crim., 4 janvier 1990, *B.* n° 5, p. 10
- Déférence : 572

Cass. Crim., 1er février 1990, *Bull. crim.*, n° 56, p. 153
- Validité substantielle : 228

Cass. Crim., 5 février 1990, n° 89-81869, Inédit
- Clarifier : 748

Cass. Crim., 19 février 1990, n° 89-81141, Inédit
- Validité substantielle : 208

Cass. Crim., 27 février 1990, *B.* n° 96 p. 251
- Ratification : 112
- Validité substantielle : 209

Cass. Crim., 19 juin 1990, n° 89-86689, Inédit
- Ratification : 123

Cass. Crim., 15 octobre 1991, n° 90-86791, Inédit

- Droit subjectif : 447

Cass. Crim., 20 novembre 1991, n° 90-87713, Inédit
- Forclusion : 494

Cass. Crim., 9 mars 1992, *B.* n° 103, p. 267
- Clarifier : 772

Cass. Crim., 27 novembre 1992, n° 394, p. 1082
- Incrimination par renvoi : 335

Cass. Crim., 27 novembre 1990, n° 90-85658, Inédit
- Droit subjectif : 401

Cass. Crim., 1er avril 1993, *B.* n° 143
- Incrimination par renvoi : 336
- Publication : 136
- Ratification : 123

Cass. Crim., 7 avril 1993, *B.*, n° 152, p. 381
- Combiner : 869
- Confirmer : 671

Cass. Crim., 1er décembre 1993, *B.* n° 368, p. 920
- Clarifier : 736

Cass. Crim., 28 juin 1994, *B.* n° 255, p. 630
- Droit subjectif : 428

Cass. Crim., 13 mars 1995, *B.* 101, p. 293
- Infraction complète : 299, 303

Cass. Crim., 27 mars 1995, *Bull. crim.*, n° 125, p. 355
- Validité substantielle : 228

Cass. Crim., 1er juin 1995, *B.* n° 202, p. 547
- Incrimination par renvoi : 334
- Publication : 148

Cass. Crim., 27 juillet 1995, *Bull. crim.*, n° 259, p. 727
- Validité substantielle : 228

Cass. Crim., 26 mars 1996, *Bull.* n° 132, p. 379
- Infraction complète : 294
- Précision (forme) : 368

Cass. Crim., 18 juin 1996, *B. crim.* n° 256, p. 777
- Office du juge pénal : 381

Cass. Crim., 27 novembre 1996, *Bull.* n° 431, p. 1245
- Droit subjectif : 393
- Écarter : 788
- Forclusion : 497
- Réserves : 588, 626

Cass. Crim., 23 janvier 1997, *B.* n° 32, p. 86
- Incrimination par renvoi : 335

Cass. Crim., 29 janvier 1997, *B.* n° 40, p. 115
- Droit international dérivé : 74

Cass. Crim., 2 avril 1997, n° 96-82024, Inédit
- Réserves : 626

Cass. Crim., 18 juin 1997, *B.* n° 244, p. 806
- Droit subjectif : 391

- Indice rédactionnel : 414

Cass. Crim., 6 novembre 1997, *B.* n° 379, p. 1274
- Publication : 135
- Réserves : 607

Cass. Crim., 5 février 1998, *B.*, n° 49, p. 134
- Clarifier : 749

Cass. Crim., 26 mars 1998, n° 97-82.299, Inédit
- Réserves : 609

Cass. Crim., 14 octobre 1998, n° 97-83.877, Inédit
- Réserves : 626

Cass. Crim., 10 décembre 1998, n° 97-85.162, Inédit
- Clarifier : 744

Cass. Crim., 30 mars 1999, *B.* n° 60, p. 155
- Compétence d'interprétation : 559

Cass. Crim., 27 mai 1999, *B.* n° 110, p. 293
- Compétence d'interprétation : 559

Cass. Crim., 16 juin 1999, *B. crim.* n° 137, p. 373
- Forclusion : 492

Cass. Crim., 16 juin 1999, n° 98-84538, Inédit
- Indice rédactionnel : 401

Cass. Crim., 23 juin 1999, *B.* n° 147, p. 399
- Réserves : 627

Cass. Crim., 29 juin 1999, *B. crim.* n° 158, p. 431
- Droit subjectif : 447

Cass. Crim., 3 novembre 1999, n° 99-80329, Inédit
- Droit subjectif : 429

Cass. Crim. 10 novembre 1999, *DP* n° 4, avril 2000, comm. 46
- Réserves : 607

Cass. Crim., 17 mai 2000, n° 99-86606, Inédit
- Droit subjectif : 447
- Écarter : 790
- Indice rédactionnel : 415

Cass. Crim., 12 juillet 2000, *B.* n° 259, p. 761
- Écarter : 833

Cass. Crim., 12 septembre 2000, n° 98-88200, Inédit
- Incrimination par renvoi : 309

Cass. Crim., 4 octobre 2000, n° 00-84775, Inédit
- Droit subjectif : 428

Cass. Crim., 16 janvier 2001, *D.* 2001, p. 1067
- Précision (fond) : 348

Cass. Crim., 30 janvier 2001, n° 00-82341, Inédit
- Droit subjectif : 447
- Écarter : 790
- Indice rédactionnel : 415

Cass. Crim., 20 février 2001, *D.* 2001, p. 908
- Validité substantielle : 229

Cass. Crim., 25 septembre 2001, n° 00-83775, Inédit
- Droit subjectif : 447
- Écarter : 790
- Indice rédactionnel : 415

Cass. Crim., 12 décembre 2001, n° 01-83154, Inédit
- Forclusion : 496

Cass. Crim., 2 octobre 2002, n° 01-87996, Inédit
- Validité substantielle : 207

Cass. Crim., 15 janvier 2003, *Bull.* n° 12, p. 39
- Combiner : 853

Cass. Crim., 17 juin 2003, *B.* n° 122, p. 465
- Coutume : 66
- Incrimination par renvoi : 336

Crim., 11 février 2004, *B.* n° 37, p. 150
- Compétence d'interprétation : 560

Cass. Crim., 18 mai 2004, n° 03-83106, Inédit
- Clarifier : 746

Cass. Crim., 23 novembre 2004, *B.* n° 292, p. 1096
- Coutume : 66

Cass. Crim., 14 juin 2005, *B.* 2005 I, n° 245, p. 207
- Effectivité pénale : 263

Cass. Crim., 15 novembre 2005, *B.* n° 296, p. 1010
- Publication : 135

Cass. Crim., 14 décembre 2005, n° 333, p. 1147
- Droit subjectif : 447

Cass. Crim., 4 janvier 2006, *Bull.* n° 3, p. 8
- Précision (fond) : 339

Cass. Crim., 6 septembre 2006, *B.* n° 209, p. 738
- Écarter : 793

Cass. Crim., 15 novembre 2006, n° 06-86731, Inédit
- Droit subjectif : 428

Cass. Crim., 24 octobre 2007, *B.* n° 254
- Clarifier : 736

Cass. Crim., 19 mars 2008, n° 07-82.125, Inédit
- Réserves : 633

Cass. Crim., 11 juin 2008, *B.* n° 145
- Confirmer : 671

Cass. Crim., 5 mai 2009, *B.* n° 85
- Droit subjectif : 376

Cass. Crim., 8 avril 2010, *B.* n° 63
- Combiner : 845
- Réserves : 628

Cass. Crim., 7 mai 2010, *D.* 2010, p. 1286
- Incrimination par renvoi : 309

Cass. Crim., 8 juin 2010, *B. crim.* n° 104
- Forclusion : 495

Cass. Crim., 9 novembre 2010, n° 09-88272, *D.* 2010, p. 2707
- Conformer : 717

Cass. Crim., 17 mai 2011, *B.* n° 98
- Validité substantielle : 197, 238

Cass. Crim., 28 septembre 2011, n° 10-87149, Inédit
- Validité substantielle : 207

Cass. Crim., 7 décembre 2011, *B.* n° 251
- Droit subjectif : 426

Cass. Crim., 22 février 2012, n° 11-87291, Inédit
- Précision (forme) : 362

Cass. Crim., 10 mai 2012, *B. crim.* n° 116
- Droit subjectif : 447

Cass. Crim., 25 septembre 2012, *Droit pénal* n° 1, janvier 2013, comm. 10
- Combiner : 850
- Écarter : 788

Cass. Crim., 9 octobre 2012, n° 12-85.134, Inédit
- Réserves : 628

Cass. Crim., 16 octobre 2012, n° 12-85290, Inédit
- Droit subjectif : 428

Cass. Crim., 16 avril 2013, *B. crim.*, n° 88
- Droit subjectif : 453

Cass. Crim., 26 juin 2013, JurisData n° 013158
- Validité substantielle : 195

Cass. Crim., 15 janvier 2014, *B.* n° 11
- Compétence d'interprétation : 560

Cass. Crim., 22 janvier 2014, *B.*, n° 22
- Réserves : 609

Cass. Crim., 26 février 2014, *B.* n° 59 et *B.* n° 60
- Précision (fond) : 354

Cass. Crim., 4 mars 2014, n° 13-90.038, Inédit
- Validité substantielle : 197, 238

Cass. Crim., 9 avril 2014, n° 13-84826, Inédit
- Précision (fond) : 348

Cass. Crim., 18 novembre 2014, n° 14-82481, inédit
- Validité substantielle : 238

Cass. Crim., 4 mars 2015, n° 14-87377, Inédit
- Combiner : 839

Cass. Crim., 5 mai 2015, n° 14-88157, Inédit
- Forclusion : 495

Cass. Crim., 14 octobre 2015, n° 15-84420, Inédit
- Précision (fond) : 354

Cass. Crim., 2 décembre 2015, *B. crim.* n° 641
- Droit subjectif : 447

Cass. Crim., 6 avril 2016, n° 15-84.258, Inédit
- Réserves : 632

Cass. Crim., 5 octobre 2016, n° 16-84717, Inédit

- Précision (fond) : 354

Cass. Crim., 26 octobre 2016, n° 15-82742, Inédit
- Forclusion : 494

Cass. Crim., 19 avril 2017, n° 16-82111, Inédit
- Droit subjectif : 392

Cass. Crim., 21 juin 2017, n° 17-82.068, *QPC*, JurisData n° 2017-014140
- Clarifier : 737

Cass. Crim., 9 janvier 2018, n° 17-80200, à paraître au Bulletin
- Droit subjectif : 447

Cass. Crim., 17 janvier 2018, n° 17-80152, Inédit
- Forclusion : 496

Cass. Crim., 27 février 2018, n° 17-80387, à paraître au Bulletin
- Droit subjectif : 447

Cass. Crim., 14 mars 2018, *AJ pénal* 2018, p. 254
- Clarifier : 731

Cass. Crim., 12 septembre 2018, *RTD Com.* 2018, p. 1064
- Clarifier : 756

Cass. Crim., 20 novembre 2018, n° 17-86640, Inédit
- Clarifier : 740


## b. Cour de cassation : autres chambres


Cass. Civ., 22 décembre 1931, *Sanchez*, *JDI* 1932, p. 702
- Conformer : 714

Cass. Civ., 20 décembre 1960, *B.* n° 557
- Office du juge : 381

Cass. Com., 8 mai 1963, *Bull.*, n° 231, p. 190
- Publication : 135, 145

Cass., ch. mixte, 24 mai 1975, *Jacques Vabre*, *AJDA* 1975, p. 567
- Écarter : 715

Cass. Civ., 1ère ch., 25 janvier 1977, n° 74-13437, *B. civil* I, n° 43, p. 32
- Ratification : 123
- Validité substantielle : 232

Cass. Civ., 2 déc. 1980, *Société nationale des tabacs et allumettes*, *AFDI*, 1981, p. 802
- Définition du traité : 60

Cass. Civ., 15 mai 1984, *Bull.*, p. 135 ; JDI 1985, p. 103
- Publication : 145

Cass. Civ., 15 juillet 1993, *B.* n° 236, p. 161; *D.* 1994, p. 191
- Indice rédactionnel : 414

Cass. Civ., 1er juin 1994, *B.*, I, n° 192, p. 141
- Combiner : 863

Cass. Civ., 19 décembre 1995, *B.* n° 470, p. 326
- Combiner : 863
- Renvoi à l'exécutif : 558

Cass. Soc., 22 janv. 1998, n° 96-14.824, *Bull. civ.* I, n° 31

- Droit international dérivé : 73

Cass., ass., 2 juin 2000, *Fraisse*, *Bull. A. P.*, n° 4, p. 7
- Validité substantielle : 223

Cass. Civ., 29 mai 2001, n° 99-16673, *B.* 2001 I, n° 149, p. 97
- Ratification : 114, 126
- Validité substantielle : 233

Cass. Civ., 14 juin 2005, *B.* I, n° 245, p. 207
- Combiner : 862

Cass. Civ., 25 avril 2006, n° 02-17.344, *Bull. civ.* I, n° 202
- Droit international dérivé : 74

Cass. Civ., 11 juillet 2006, *B.* 2006 I, n° 378, p. 325
- Réserves : 587
- Valeur coutumière de la Convention de Vienne : 107, 587

Cass. Soc., 16 décembre 2008, *B.* n° 251
- Droit subjectif : 415, 447
- Forclusion : 495


## 3. JURIDICTIONS DE FOND


CA Paris, Ch. accus., 8 juin 1971, *GP* 71, 2, p. 793
- Publication : 139

Trib. Corr. Bobigny, 22 novembre 1972, *GP*, 1972, p. 890
- Validité substantielle : 207

CA, Paris, 7 juillet 1973, *D.* 1974, 159
- Rôle du juge : 55

CA Paris, 9e ch., 29 février 1980, *Andrieu*, *GP*, 1980, II, p. 697
- Précision : 342

CA Douai, ch. accus., 27 octobre 1983, *JCP* 1985, II, 20337
- Droit subjectif : 425

CA Paris, 30 janvier 1986, JurisData n° 020090
- Validité substantielle : 213

CA Chambéry, ch. corr., 26 février 1987, JurisData n° 49281
- Validité substantielle : 213

CA Rennes, ch. corr., 13 octobre 1992 [JurisData n° 1992-049385]
- Validité substantielle : 211

CA Aix-en-Provence, 3 novembre 1995, JurisData n° 046811
- Validité substantielle : 207

CA Nîmes, chambre d'accusation, 20 mars 1996, *Munyeshyaka*, *RGDIP* 1996, p. 1084
- Infraction complète : 294

CA Douai, 9e ch. corr., 19 novembre 2004, JurisData n° 2004-274667
- Validité substantielle : 208, 213

CA Nîmes, ch. corr., 24 juin 2005, JurisData n° 288633
- Validité substantielle : 215

CA Rennes, 27 septembre 2007, *Navire Trans Arctic*, n° 1742/2007
- Droit subjectif : 376

CA Rennes, 25 octobre 2007, *Navire Fast Independance*, n° 1907/2007
- Droit subjectif : 376

CA Rennes, 3e Ch. des appels correctionnels, 22 avril 2009, n° 08/01235
- Validité substantielle : 203

CA Toulouse, 26 juin 2009, n° 09/187
- Droit subjectif : 453

CA Montpellier, 3e ch. corr., 18 février 2010, n° 09/01632
- Infraction complète : 314

CA Paris, 11e ch. corr., 30 mars 2010, n° 08/02278
- Principes d'interprétation : 523

CA Lyon, 10 mai 2011, *Gharbaoui c/CAF du Puy de Dôme*, RG n° 10/06278
- Précision : 342

CA Versailles, 2e ch. comm., *Association France-Palestine Solidarité c/Société Alstom Transport*, 22 mars 2013, RG n° 11/05331
- Droit subjectif : 404
- Indice rédactionnel : 416
- Précision : 342

CA Douai, 6 ch. corr., 31 mars 2015, JurisData n° 2015-018362
- Précision : 348

CA Paris, pôle 5, 13e ch. corr., 26 février 2016, *D.* 2016, p. 1240
- Clarifier : 731

CA Paris, Pôle 3, Ch. 4, 16 mars 2017, RG n° 14/03452, n° JurisData
- 2017-023532

Effectivité : 263

CA Rennes, 25 mai 2004, *FIPOL*, JurisData n°
- 2004-266372

Droit international dérivé : 73

## 4. Conseil d'État

CE ass., 16 novembre 1956, *Villa*, *Lebon* p. 433
- Ratification : 123
- Validité substantielle : 232

CE, 4 mars 1961, *André et Société des tissages Nicolas Caimant*, *Lebon*, 1961, p. 154
- Ratification : 123
- Validité substantielle : 232

CE, 30 octobre 1964, *Société Prosagor et as.*, *Lebon*, p. 496
- Publication : 138

CE, Ass., 13 juillet 1965, *Société Navigator*, *Lebon*, p. 423
- Publication : 135

CE ass., 8 mars 1985, *Garcia Henriaquez*, *Recueil Lebon*, p. 71
- Droit subjectif : 390, 426

CE, ass., 29 septembre 1995, n° 171277, *Association Greenpeace France*, *Lebon*, p. 347
- Ratification : 112

CE, ass., 3 juillet 1996, *Koné*, *RFDA* 1996, p. 870
- Validité substantielle : 247

CE, Ass., 6 juin 1997, *Aquarone*, *RGDIP* 1997, p. 1053
- Coutume : 66

CE, ass., 30 octobre 1998, *Sarran et Levacher*, *Lebon*, p. 368.
- Validité substantielle : 223

CE, 18 décembre 1998, *SARL du parc d'activités de Blotzheim*, *Lebon*, p. 483
- Ratification : 125

CE, ass., 5 mars 1999, *Rouquette et autres*, *RFDA*, p. 357
- Droit subjectif : 450

CE, 23 février 2000, *M. Dieng et autres*, *Lebon*, p. 72
- Ratification : 125

CE, *Fédération nationale des associations tutélaires*, 7 juillet 2000, *RGDIP*, 2001, p. 240
- Publication : 134

CE, 28 mars 2001, *Collectifs contre les nuisances du TGV de Chasseneuil-du-Poitou et de Migné-Auxances*, *Recueil Lebon*, p. 967
- Droit subjectif : 390

CE, sect., 23 nov. 2001, *Compagnie nationale Air France*, n° 195550, *Lebon*, p. 576
- Droit international dérivé : 73

CE, 8 juillet 2002, *Commune de Porta*, n° 239366, *Lebon* p. 260
- Validité substantielle : 210

CE, ass., 8 février 2007, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine*, *RFDA*, 2007, p. 384-401
- Validité substantielle : 202

CE, 22 juin 2007, *RFDA* 2007, p. 1077
- Validité substantielle : 246

CE, 13 février 2008, n° 306787, Inédit
- Réserves : 629

CE, sect., 27 février 2008, *Société TOP SA*, n° 270727, *Lebon*, p. 66
- Droit international dérivé : 73

CE, 18 avril 2008, *Rybakov*, *RFDA* 2008, n° 4, p. 780
- Réserves : 629

CE, 19 mars 2010, *Syndicat national des officiers de police*, n° 317225, Inédit
- Droit subjectif : 390

CE, 16 juin 2010, req. n° 329983, *RFDA* 2010, p. 830
- Forclusion : 497

CE, 9 juillet 2010, *Fédération nationale de libre pensée*, n° 327663, *AJDA* 2010, p. 1397
- Ratification : 114, 125
- Validité substantielle : 202

CE, ass., 23 décembre 2011, *AJDA* 2012, p. 201
- Combiner : 838

CE ass., 11 avril 2012, *GISTI et FAPIL*, n° 322326, *Recueil Lebon*, p. 142
- Indice rédactionnel : 416

CE, ass., 12 octobre 2018, *Société super coiffeur*, *RGDIP* 2019/1, p. 309
- Réserves : 609, 614

# TABLE DES MATIÈRES

Sommaire ..... 11
Liste des abréviations, des sigles et des acronymes ..... 12
Français ..... 12
Anglais ..... 13
**INTRODUCTION ..... 15**
§ 1. La conception de l'articulation entre l'ordre international et l'ordre interne ..... 18
§ 2. L'écluse : le texte constitutionnel à travers le barrage de la souveraineté ..... 21
A. La clause de suprématie aux États-Unis d'Amérique : rupture avec la tradition anglaise ..... 24
B. L'évolution des Constitutions françaises ..... 25
1. Avant 1946 : absence de référence explicite à la valeur juridique des conventions ..... 25
2. Après 1946 : consécration de la pratique jurisprudentielle dans l'application des conventions internationales ..... 27
C. L'Égypte, usine de nationalisation du droit français ..... 28
1. L'influence francophone sur les bords du Nil ..... 29
2. L'évolution du texte-écluse dans la Constitution égyptienne ..... 31
§ 3. Le juge éclusier ..... 33
A. Le juge pénal fruit d'une culture juridique ..... 35
B. Le juge pénal producteur de sa propre culture ..... 42
§ 4. Les vaisseaux naviguant dans l'ordre pénal interne : les conventions internationales ..... 47
§ 5. Problématique ..... 56
§ 6. Méthodologie ..... 57
§ 7. Annonce du plan ..... 59
**PREMIÈRE PARTIE. LES CONDITIONS D'APPLICATION DES CONVENTIONS INTERNATIONALES ..... 61**
TITRE I. LA VALIDITÉ DANS L'ORDRE CONSTITUTIONNEL INTERNE ..... 65
**Chapitre I. La validité formelle, un contrôle accepté ..... 71**
Section I. La ratification, acte de naissance de la convention dans l'ordre interne ..... 73
§ 1. L'interrogation sur l'effet de la simple signature d'une convention internationale ..... 73
A. La question posée en droit international ..... 73
B. La solution retenue en droit interne ..... 74
§ 2. Le contrôle du juge pénal à l'égard de l'acte de ratification ..... 78
A. Le processus de ratification ..... 78
B. L'étendue du contrôle du juge pénal ..... 81
1. Le contrôle élémentaire du juge américain ..... 81
2. Un contrôle dynamique du juge français et du juge égyptien ..... 83
Section II. La publication, acte de transformation de la convention en source de droit pénal ..... 89
§ 1. La portée de la publication ..... 90
A. Une portée affirmée dans la jurisprudence comparée ..... 91
B. L'interrogation sur le champ de la publication : la question des annexes ..... 92
§ 2. L'entrée en vigueur de la convention internationale ..... 93
A. Un débat jurisprudentiel : la concurrence de deux dates d'entrée en vigueur ..... 95
B. Les conséquences pour l'application rétroactive de la loi pénale la plus douce : la particularité égyptienne ..... 97
Conclusion du Chapitre I ..... 99
**Chapitre II. La validité substantielle, entre nature et tabou ..... 101**
Section I. Une consécration naturelle pour le juge américain ..... 105

§ 1. Le juge pénal gardien de la Constitution fédérale ..... 106
A. Le juge pénal et la répartition du *jus puniendi* national ..... 106
B. Le juge pénal et le calibrage du *jus puniendi* national ..... 109
§ 2. Le juge pénal gardien de la Constitution fédérale en matière de conventions internationales ..... 112
A. L'enjeu de la double souveraineté pénale ..... 113
B. L'enjeu des droits fondamentaux ..... 117
Section II. Une proclamation nécessaire pour le juge pénal égyptien et français ..... 121
§ 1. Le tabou du contrôle de la validité substantielle des conventions internationales ..... 122
A. Le bagage conceptuel : la nature de la norme internationale ..... 123
B. Le blocage institutionnel : la place du juge pénal dans les institutions ..... 125
1. La séparation des pouvoirs : le juge pénal n'est pas « *un* » juge de constitutionnalité ..... 126
2. La spécialisation des juridictions : le juge pénal n'est pas « *le* » juge de constitutionnalité ..... 128
§ 2. Briser le tabou ..... 130
A. La recherche d'un fondement du contrôle de la validité substantielle des conventions internationales ..... 130
1. Une réalité juridique ..... 131
a. L'affirmation de la primauté de la Constitution comme contrebalance à la nature spécifique de la norme internationale ..... 131
b. La pratique du juge comme réfutation de sa déclaration d'incompétence ..... 133
i. Au niveau de l'évaluation de la loi ..... 133
ii. Au niveau de l'évaluation formelle de la convention ..... 135
2. Une nécessité de sécurité juridique ..... 136
a. Le verrou de la QPC en France ..... 137
b. Le verrou procédural en Égypte ..... 138
B. La délimitation du contrôle de validité substantielle ..... 139
1. La neutralisation interprétative de la convention ..... 140
2. L'exclusion de la convention ..... 141
Conclusion du Chapitre II ..... 144
Conclusion du Titre I ..... 145
TITRE II. L'EFFECTIVITÉ PÉNALE DE LA NORME INTERNATIONALE ..... 147
**Chapitre I. Des qualités requises par le principe de légalité ..... 155**
Section I. La complétude, condition spécifique aux normes internationales créatrices d'infractions ..... 159
§ 1.Une incomplétude caractéristique des normes internationales créatrices d'infractions ..... 162
A. Le droit pénal comme attribut de la souveraineté ..... 162
B. La diversité des systèmes nationaux de droit pénal ..... 166
§ 2. Une incomplétude nécessitant un apport législatif ..... 167
A. Renvoi partiel du texte national à une composante de l'incrimination internationale ..... 170
1. La convention internationale comme élément de l'infraction nationale ..... 170
2. La convention internationale comme source d'une liste pour l'objet de l'infraction ..... 172
B. Renvoi total du texte national à l'intégralité de l'incrimination internationale ..... 173
C. Les questions soulevées par le renvoi du droit français au statut du tribunal de Nuremberg ..... 175
1. Les hésitations doctrinales ..... 176
a. Le renvoi au statut de Nuremberg comme source de catégorie juridique ..... 176
b. Le renvoi au statut de Nuremberg comme source d'incrimination en droit français ..... 177
2. Une recherche de lecture cohérente au regard du critère de complétude ..... 178
a. Pour la rétroactivité de la loi du 26 décembre 1964 ..... 178

b. Pour le renvoi de la loi de 1964 ... 180
Section II. La précision, condition générale exigée pour toute norme pénale conventionnelle classique ... 183
§ 1. Une exigence mécanique pour les normes substantielles ... 185
A. La précision ancrée dans les droits des États comparés ... 186
B. La précision appliquée aux normes conventionnelles de fond ... 188
*§ 2.* Une extension logique pour les normes procédurales ... 191
A. L'interrogation sur le caractère procédural du principe de légalité ... 191
B. Les conséquences pour la précision des normes internationales de procédure pénale ... 194
Conclusion du Chapitre I ... 197
**Chapitre II. La justiciabilité, un critère requis dans le contexte des droits individuels ... 199**
Section I. La consécration d'un droit individuel dans la convention ... 201
§ 1. La rationalité de l'exigence du droit individuel ... 202
A. Un intérêt différent selon les jurisprudences ... 202
1. Le libéralisme du juge pénal égyptien ... 202
2. La rigueur du juge pénal américain et français ... 204
B. Les critères divergents de l'analyse judiciaire ... 207
1. Recherche de la volonté commune des parties ... 208
a. L'indice rédactionnel ... 209
i. Un critère ancré dans la jurisprudence américaine ... 210
ii. Un critère dépassé dans la jurisprudence française ... 212
b. Le contexte de la conclusion du traité ... 213
2. Recherche de la volonté unilatérale de l'État du juge pénal ... 214
§ 2. Les applications concrètes de l'exigence du droit individuel ... 215
A. Dans l'entraide pénale : les conventions d'extradition ... 215
1. La catégoricité du juge pénal français ... 215
a. Le refus catégorique de la justiciabilité, une première impression ... 216
b. L'admission catégorique de la justiciabilité, les développements ultérieurs ... 217
2. Les nuances du juge pénal américain ... 218
a. La situation antérieure à Alvarez-Machain : le libéralisme des juridictions pénales inférieures ... 218
i. Des droits primaires : le principe de la spécialité et la condition de double incrimination ... 219
ii. Un droit dérivé : Male Captus bene detentus vu par le prisme des conventions d'extradition ... 220
b. United States v. Alvarez Machain : la correction du « dévoiement » des juridictions inférieures par la Cour suprême ... 222
B. Dans le droit international humanitaire : les conventions de Genève sur le droit de la guerre ... 223
C. Dans le droit international relatif aux droits de l'homme : les pactes jumeaux ... 225
Section II. Le pouvoir du juge pénal de sanctionner la violation du droit conventionnel ... 227
§ 1. Les obstacles substantiels à l'exercice du pouvoir du juge pénal : la question américaine du *Remedy* ... 228
A. La Pierre de Rosette ... 230
1. Le sol américain : une culture juridique formaliste ... 230
2. L'inscription pénale : la consécration explicite du correctif par le texte ... 231
B. Le déchiffrage des litiges de l'article 36 de la Convention de Vienne sur les relations consulaires ... 234
1. La rationalité de l'ineffectivité pénale du droit conventionnel de notification ... 235
2. La critique de l'exigence de la consécration conventionnelle du correctif ... 238

§ 2. Les obstacles procéduraux à l'exercice du pouvoir du juge pénal ..... 240
A. Les déclarations sénatoriales d'ineffectivité de la convention devant le juge pénal américain ..... 241
B. La forclusion du moyen fondé sur le droit conventionnel ..... 243
1. Le moyen de pur droit en Égypte et en France : l'intronisation de l'ordre public ..... 243
a. La forclusion du moyen développée ..... 244
b. La forclusion appliquée au moyen tiré d'un droit conventionnel ..... 245
2. La carence procédurale aux États-Unis : l'équilibre entre plusieurs ordres publics ..... 248
Conclusion du Chapitre II ..... 253
Conclusion du Titre II ..... 255
Conclusion de la Première partie ..... 257
**DEUXIÈME PARTIE. LES MODALITÉS D'APPLICATION DES CONVENTIONS INTERNATIONALES ..... 259**
TITRE I. LES PROBLÈMES POSÉS PAR L'INTERPRÉTATION DES NORMES INTERNATIONALES DEVANT LE JUGE PÉNAL ..... 263
**Chapitre I. La compétence pour interpréter les conventions internationales ..... 269**
Section I. Entre renvoi à l'exécutif et office interprétatif ..... 271
§ 1. Le renvoi à l'interprétation du pouvoir exécutif ..... 272
A. La valeur obligatoire de l'interprétation gouvernementale en France ..... 272
1. La logique de l'ancienne position des juridictions pénales ..... 272
2. La distinction entre dispositions internationales claires et ambiguës : un dernier développement avant l'appropriation complète ..... 274
B. La valeur substantielle de l'interprétation gouvernementale aux États-Unis ..... 275
1. La concordance de la jurisprudence pénale sur le poids de l'interprétation exécutive ..... 275
2. Des poches de résistance juridictionnelle ..... 277
§ 2. L'appropriation de la compétence d'interprétation par le juge pénal ..... 278
A. Une continuité dans la jurisprudence pénale égyptienne ..... 278
B. Une évolution dans la jurisprudence pénale française : l'office du juge pénal ..... 280
Section II. La déférence due par le juge pénal à l'interprétation d'instances étrangères ..... 283
§ 1. Les interprétations juridictionnelles ..... 283
A. L'interprétation de la Cour internationale de justice ..... 283
B. L'interprétation d'autres juridictions répressives nationales ..... 287
§ 2. L'interprétation d'organismes internationaux devant le juge pénal ..... 289
A. Le Comité des droits de l'homme et le Pacte international relatif aux droits civils et politiques ..... 290
B. Le Comité international de la Croix-Rouge et le droit international de la guerre ..... 290
C. La Commission de droit international et la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques ..... 292
Conclusion Chapitre I ..... 293
**Chapitre II. L'encadrement de l'interprétation du juge pénal par les réserves attachées aux normes internationales ..... 295**
Section I. La validité des réserves devant le juge pénal ..... 299
§ 1. La délimitation du contrôle de validité des réserves ..... 299
A. La validité formelle ..... 299
B. La validité substantielle ..... 300
1. La réserve américaine relative à la peine de mort ..... 300
2. La règle *ne bis in idem* et le cumul des sanctions pénales et fiscales en droit français ..... 302
§ 2. Les effets éventuels de l'invalidation d'une réserve ..... 304
A. Une panoplie de solutions juridiques ..... 305

B. Le choix du juge pénal ..... 306
Section II. La portée des réserves ..... 309
§ 1. Les réserves émises par l'État du juge pénal ..... 309
§ 2. Les réserves émises par une autre partie à la convention internationale ..... 312
§ 3. Le cas particulier de la réserve égyptienne générale relative au droit musulman ..... 314
A. La place réservée à la Charia devant le juge pénal égyptien ..... 315
B. La place de la réserve de conformité à la Charia dans l'interprétation des normes internationales pénalement effectives ..... 317
1. Le juge ordinaire gardien de la Charia ? À propos du droit de grève dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques ..... 318
2. Le juge pénal gardien de la Charia dans l'interprétation des normes internationales ? ..... 319
Conclusion Chapitre II ..... 321
Conclusion du Titre I ..... 323
TITRE II. LES TECHNIQUES D'APPLICATION DES CONVENTIONS INTERNATIONALES : LA MATÉRIALISATION PRATIQUE DE L'EFFECTIVITÉ PÉNALE ..... 325
**Chapitre I. Les techniques d'application indirecte : les conventions comme outil interprétatif du droit pénal national ..... 329**
Section I. Confirmer une norme interne : la convergence des sources de droit pénal ..... 331
§ 1. Une incrimination nationale : l'exemple égyptien ..... 333
A. La jurisprudence de la Chambre criminelle ..... 334
B. La jurisprudence pénale de la Haute Cour constitutionnelle ..... 334
§ 2. Une norme du droit de la peine : l'exemple américain ..... 336
A. La peine de mort à la lumière du « *cruel and unusual punishment* » ..... 337
B. Le traitement pénitentiaire à l'aune du « *unnecessary rigor* » ..... 339
Section II. Conformer l'interprétation d'une norme pénale interne par rapport à une convention internationale ..... 343
§ 1. Dans l'hypothèse du même rang juridique : le *Charming Betsy Canon* en droit américain ..... 345
A. La logique du *Charming Betsy Canon* ..... 345
B. La pratique du juge pénal américain ..... 347
1. La peine d'expulsion dans *Maria v. McElroy* ..... 347
2. La législation contre le terrorisme dans *United States v. Palestine Liberation Organization* ..... 349
§ 2. Dans l'hypothèse du rang juridique supérieur des traités : les vestiges de la « *doctrine Matter* » en droit français ..... 350
A. La contextualisation du *Charming Betsy* en droit français ..... 350
B. La survie de la doctrine Matter dans la jurisprudence pénale française ..... 351
Section III. Clarifier les éléments constitutifs de l'infraction nationale ..... 355
§ 1. L'élément matériel de l'infraction nationale ..... 356
A. Le comportement réprimé ..... 356
1. La corruption d'agents étrangers ..... 356
a. La condition d'enrichissement personnel en droit français ..... 357
b. La qualité d'agent étranger en droit américain ..... 359
2. Les tortures et actes de barbarie ..... 361
B. L'objet de l'infraction ..... 363
1. La qualification de stupéfiants ..... 364
a. Le seuil de croissance des plantes ..... 364
b. Les caractéristiques du stupéfiant ..... 365
2. La nature d'armes chimiques prohibées ..... 366

3. La définition de biens culturels ..... 368
4. La qualité des personnes dans les infractions de séjour irrégulier ..... 369
§ 2. L'élément intellectuel de l'infraction nationale ..... 370
A. Dans le domaine de la répression de la traite des êtres humains ..... 370
B. Dans le domaine de la répression des stupéfiants ..... 371
1. La Convention internationale relative aux stupéfiants du 19 février 1925 devant le juge égyptien ..... 372
a. L'importation aux fins de trafic ..... 372
b. L'importation aux fins de distribution dans le territoire égyptien ..... 373
i. La négation du dol spécial ..... 373
ii. L'institution du dol spécial ..... 373
2. La Convention unique sur les stupéfiants de 1961 devant le juge français ..... 374
Conclusion du Chapitre I ..... 377
**Chapitre II. Les techniques d'application directe : la convention internationale comme loi applicable ..... 379**
Section I. Écarter une norme interne contraire ..... 381
§ 1. Une règle nationale d'autorité juridique inférieure ..... 381
A. Le contrôle de conventionnalité en droit pénal français ..... 382
1. L'exclusion d'une incrimination nationale ..... 383
2. L'exclusion d'une sanction du droit interne ..... 383
3. L'exclusion d'une règle de compétence nationale ..... 384
B. Les lois des États fédérés en droit pénal américain ..... 385
§ 2. Une règle nationale d'autorité juridique égale ..... 387
A. En droit égyptien ..... 387
1. L'exclusion de la loi pénale par une convention postérieure ..... 388
2. L'interrogation sur l'effet de l'article 93 de la nouvelle Constitution 2014 ..... 389
B. En droit américain ..... 390
1. Des conceptions hétérogènes de la later-in-time rule ..... 391
2. Une application différentielle de la règle ..... 392
a. L'élément temporel recherché ..... 393
i. La primauté de la loi pénale postérieure ..... 393
ii. La primauté du traité postérieur ..... 394
b. L'élément temporel ignoré ..... 395
Section II. Remplacer la norme pénale interne ..... 397
§ 1. La compétence pénale relative aux navires étrangers en droit américain ..... 399
§ 2. Les modalités d'extradition en droit français ..... 399
§ 3. La compétence territoriale en droit égyptien ..... 400
Section III. Combiner plusieurs conventions pénalement effectives : une particularité française ? ..... 403
§ 1. La complémentarité des conventions pénalement effectives ..... 405
A. Dans le cadre de l'immunité pénale des agents diplomatiques ..... 405
B. Dans le cadre de l'extension territoriale de l'application de la loi pénale ..... 406
1. La zone économique exclusive ..... 407
2. La haute mer ..... 409
§ 2. L'antagonisme des conventions pénalement effectives : la résolution du conflit par le juge pénal ..... 410
A. Inspiration non-pénale : une possible hiérarchisation matérielle ..... 412
B. La jurisprudence pénale : les sorts traditionnels du conflit normatif ..... 414
1. *Lex specialis derogat legi generali* ..... 414
2. *Lex posterior derogat priori* ..... 415

Conclusion du Chapitre II ..... 417
Conclusion du Titre II ..... 419
Conclusion de la Deuxième partie ..... 421
**CONCLUSION GÉNÉRALE ..... 423**
**ANNEXES ..... 433**
Annexe 1. Livre des morts des Anciens Égyptiens ..... 435
Annexe 2. Les techniques d'application indirecte ..... 437
Annexe 3. Les techniques d'application directe ..... 439
Annexe 4. Monisme : une fable ..... 441
**BIBLIOGRAPHIE ..... 443**
Histoire et philosophie ..... 445
1. En français ..... 445
2. En anglais ..... 445
3. En arabe ..... 445
Droit ..... 446
Dictionnaires ..... 446
Ouvrages généraux, manuels ..... 446
1. En français ..... 446
2. En anglais ..... 448
3. En arabe ..... 448
Ouvrages spéciaux, thèses ..... 449
1. En français ..... 449
2. En anglais ..... 452
3. En arabe ..... 452
Articles, fascicules d'encyclopédie, actes de manifestations scientifiques ..... 453
1. En français ..... 453
2. En anglais ..... 463
Rapports ..... 470
Articles de presse ..... 471
**INDEX GÉNÉRAL ..... 473**
**INDEX DES CONVENTIONS INTERNATIONALES ..... 479**
Droit pénal de fond ..... 480
Droit pénal de forme ..... 481
Droit pénal international ..... 481
Droit humanitaire ..... 482
Droits de l'homme ..... 482
Coopération pénale ..... 483
Droit international ..... 484
**INDEX DE JURISPRUDENCE ..... 487**
Juridictions internationales ..... 489
Cour Permanente de Justice Internationale ..... 489
Cour Internationale de Justice ..... 489
Juridictions internes ..... 490
A. Égypte ..... 490

1. Haute Cour constitutionnelle ..... 490
2. Cour de cassation ..... 491
a. Cour de cassation : chambre criminelle ..... 491
b. Cour de cassation : autres chambres ..... 493
3. Juridictions administratives ..... 494
4. Juridictions spécialisées ..... 495
B. États-Unis ..... 495
1. Cour suprême fédérale ..... 495
2. Juridictions fédérales ..... 500
3. Juridictions étatiques ..... 505
C. France ..... 507
1. Conseil Constitutionnel ..... 507
2. Cour de cassation ..... 508
a. Cour de cassation : Chambre criminelle ..... 508
b. Cour de cassation : autres chambres ..... 516
3. Juridictions de fond ..... 517
4. Conseil d'État ..... 518
**TABLE DES MATIÈRES ..... 521**