

LA RÉFORME ALLEMANDE ET L'ÉVOLUTION DU DROIT PÉNAL INTERNATIONAL

PAR

Edouard SILZ

Docteur en Droit, Avocat à la Cour de Paris

SOMMAIRE

1. Introduction ; intérêt de la réforme ; plan de l'étude.

TITRE I

Exposé de la réforme

2. Indication des textes. Division.

Section 1

Régime des délits de droit commun

3. Idées directrices du régime.

A) Des conditions générales d'incrimination

4. Le système en vigueur et les projets de réforme antérieurs. — 5. Le système du projet de 1927. — 6. Comment il s'explique.

B) Des règles spéciales applicables à la répression des délits de droit commun.

7. Position de la question.

Dispositions de procédure criminelle et de compétence judiciaire

8. A) 1° Influence des éléments d'extranéité sur les dispositions de compétence judiciaire directe et indirecte ; extradition ; effets des sentences étrangères ; assistance judiciaire internationale ; — 9. 2° Effets de la tendance particulariste sur ces mêmes dispositions ; ses diverses manifestations. — 10. B) Les règles de procédure *stricto sensu*.

Dispositions de fond

11. Réglementation de fond et règles de conflits. — 12. Délits auxquels peut s'appliquer une loi étrangère. — 13. Etendue d'application de la loi étrangère. — 14. Détermination de la loi étrangère compétente.

Section 2

Régime des délits politiques

15. 1° Conditions générales d'incrimination. — 16. 2° Règles spéciales applicables à la répression des délits politiques.

TITRE II

Examen critique de la réforme

17. Qualités techniques. — 18. Qualités criminologiques.

Ses défauts

19. Critiques de détail. — 20. Critiques générales.

A) Critique du régime des délits de droit commun

21. La réforme, l'équité et les libertés individuelles. — 22. La réforme et la sécurité. — 23. Origine de ces défauts : a) Les responsabilités de la tendance positiviste. — 24. b) Les responsabilités de la tendance particulariste. I. Analyse de la tendance ; démonstration et explication de son influence. — 25. II. Critique de cette tendance. — 26. Son prétendu principe : la théorie classique de la souveraineté. Discussion et critique de cette théorie ; point de vue théorique ; point de vue pratique. — 27. Esquisse des principes et des grandes lignes d'un système satisfaisant de droit pénal. Conclusion : Rapprochement avec le droit international privé ; identité d'inspiration nécessaire.

B) Critique du régime des délits politiques

28. Eléments acceptables de la réforme. — 29. Dispositions critiquables. — 30. Le nouveau régime et le droit des gens.

1. — La Réforme du droit pénal international qui est à la veille d'être réalisée en Allemagne, mérite d'attirer l'attention des juristes français par les très importantes innovations qu'elle contient.

Abstraction faite de la loi du 23 décembre 1929 qui a réglementé l'extradition, nous ne sommes encore qu'en présence de projets ; projet de Code pénal et projet de loi d'introduction au Code pénal — mais à l'accueil qui a été fait à ces projets, on peut considérer que la réforme est à la veille d'aboutir. Les grandes lignes des dispositions de Droit pénal international qu'ils contiennent et qui sont calquées sur des projets antérieurs, celui de 1925 en particulier, n'ont soulevé aucune contestation sérieuse, et le plus important de ces projets, le projet de Code pénal, a déjà été adopté en première lecture par le Reichstag. Aussi peut-on dès à présent entreprendre à travers eux, l'étude de la Réforme allemande. Cette

étude présente un intérêt théorique considérable. Elle accuse en effet, tant par rapport au droit actuellement en vigueur que par rapport aux projets de réforme antérieurs à la Guerre, l'évolution des idées au sujet des conséquences de la notion de souveraineté en matière pénale. Evolution qui est en parallélisme frappant avec le mouvement général de transformation du droit pénal international auquel nous assistons depuis la guerre, dans la plupart des Etats Européens (1).

Les idées directrices des réformes du Droit pénal international entreprises, sont les mêmes en Allemagne que dans toute l'Europe; développement croissant du sentiment de la solidarité des Etats en face des deux plus dangereuses catégories de délinquants (délinquants d'habitude et malfaiteurs professionnels) d'une part, souci exclusif de l'intérêt de l'Etat et conviction que les institutions et les autorités nationales sont les plus qualifiées pour les protéger d'autre part, partout ces deux idées ont inspiré les manifestations les plus symptomatiques du mouvement de réforme : abandon des théories généralement admises encore avant la guerre, extension de la liste des délits de droit commun commis à l'étranger et incriminés sur le territoire, aggravation de la protection de l'Etat contre les crimes politiques commis par des étrangers.

Et les mêmes facteurs ont dans tous les pays, renforcé depuis la guerre, l'influence de ces idées : la multiplication de certains malfaiteurs professionnels qui exercent simultanément ou successivement leur activité dans plusieurs pays a renforcé le sentiment de solidarité entre les Etats, et cela d'autant plus, qu'avec le progrès des idées positivistes, on s'efforce toujours davantage à réduire la témibilité des malfaiteurs professionnels.

Quant à la seconde tendance et surtout à la méfiance systématique à l'égard des institutions et des autorités étrangères, la guerre, en surexcitant les nationalismes, l'a également accentuée.

Mais, en Allemagne, cette évolution est plus significative qu'ailleurs. Dans les autres pays en effet, parallèlement aux deux tendances que nous venons d'indiquer, les conceptions traditionnelles, notamment le souci de la protection individuelle, ont continué de faire sentir leur action. Les projets allemands se sont au contraire

(1) Nous nous bornons encore sur ce point à renvoyer le lecteur au dernier ouvrage de M. Donnedieu de Vabres : *Principes modernes de droit pénal international*.

efforcés de les éliminer et de se placer sur le terrain des idées nouvelles. Leur système semble se ramener exclusivement au souci d'une part de la lutte pour la réduction de la témibilité des délinquants professionnels — d'autre part, de la protection des conceptions et des institutions nationales. Aussi l'exposé et l'examen critique constitue-t-il un instrument particulièrement précieux et permet, par sa pureté même, de déceler, du point de vue de la politique criminelle, le mouvement d'idées nouvelles qui sollicite l'évolution du Droit pénal international.

Nous allons exposer tout d'abord l'économie générale des projets allemands. Envisageant la réforme du point de vue de *lege lata* comme si elle était définitive, nous ne recourerons aux directives qui ont inspiré ces auteurs, que pour dégager les grandes lignes du nouveau régime et en préciser le fonctionnement futur. Puis, dans une partie critique, nous chercherons à voir les avantages et les inconvénients de cette réforme, en soulignant ceux qui ont une valeur d'enseignement, parce que résultant nécessairement des idées et des tendances régnantes.

TITRE I

EXPOSE DE LA REFORME (1)

La réforme du Droit pénal international entrepris par l'Allemagne doit être réalisée à l'aide d'une triple série de dispositions :

1° Les dispositions de la loi d'extradition du 23 décembre 1929 (nous serons très brefs à son sujet, les nombreux travaux (2) exis-

(1) Dans cet exposé de l'économie générale de la réforme allemande, nous laisserons de côté le régime spécial des contraventions de simple police qui continuent à être soumises comme par le passé au système territorialiste, en raison de leur moindre importance sociale.

(2) Donnedieu de Vabres, *De la réciprocité en matière d'extradition*. Revue générale de droit international public, 1928.

Donnedieu de Vabres, *Les principes modernes du droit pénal international*, chap. VIII.

Il existe une littérature très abondante en langue allemande. Voir surtout le commentaire de Metgenberg et la bibliographie complète qui s'y trouve.

tants, rendent sans intérêt pour le moment une nouvelle étude de cette loi);

2° Les dispositions du Droit pénal international contenues dans le projet de Code pénal de 1927 adoptées en première lecture par le Reichstag au mois de février 1930 ;

3° Les dispositions de procédure pénale internationale contenues dans le projet de loi d'introduction du Code pénal et à l'ordonnance sur la procédure.

Elle embrasse l'ensemble du Droit pénal et de la procédure pénale internationale (1) et contient par suite les dispositions les plus hétérogènes.

Par suite de la différence des idées qui les ont inspiré, il existe entre le régime applicable aux délits de droit commun et le régime applicable aux délits politiques une dualité plus grande encore que celle qui existe dans le Code de 1870 et la plupart des législations en vigueur.

Si le sentiment de la solidarité des Etats a influé grandement sur le régime des délits de droit commun, il n'a aucun rôle dans la détermination de dispositions relatives aux délits politiques qu'a dictées entièrement la tendance particulariste. Nous exposerons donc successivement ces deux régimes.

Section I. — Régime des délits de droit commun

3. — Les dispositions relatives aux délits de droit commun, gravitent presque exclusivement autour de deux idées. C'est d'abord, et surtout, la nécessité d'intensifier la lutte contre les récidivistes et les malfaiteurs professionnels. En matière de délits du droit commun, la réduction de la témibilité de cette catégorie — parti-

(1) Sur cette distinction, cpr. surtout :

Donnedieu de Vabres, *Introd. à l'étude du droit pénal int. ; conclusion. Id., Les principes modernes du droit pénal international*, chap. I.

(2) Nous nous référons ici, bien entendu, à la notion de droit positif allemand des délits politiques telle qu'elle se trouve définie (d'une manière purement objective) par l'article 5, § 2, de la loi sur l'extradition ; cet article dispose : « Sont des délits politiques les agressions punissables dirigées directement contre l'existence ou la sûreté de l'Etat, contre le chef de l'Etat ou contre tel membre du gouvernement considéré comme tel, contre un corps constitutionnel, contre des droits politiques d'élection et de suffrage, ou contre les bonnes relations avec l'étranger. »

culièrement dangereuse — de délinquants est devenue en Allemagne la préoccupation essentielle des Pouvoirs publics. Elle n'a pas inspiré seulement les dispositions de droit international, mais la refonte d'ensemble, d'après les idées positivistes, du système répressif applicable à la criminalité de droit commun (1). Les dispositions de droit interne, celles notamment relatives aux mesures d'éducation et de sûreté (2) attestent son influence autant et plus que les dispositions de droit international.

Cette préoccupation des Pouvoirs publics a réduit presque à néant l'influence de la théorie classique de la souveraineté et de ses attributs, territoire et population ; elle a fait écarter la plupart des conséquences, qui résulteraient, nécessairement, d'après les doctrines territorialistes et réalistes, de la présence de tel ou tel élément d'extranéité — lieu étranger de perpétration du délit, lieu étranger de situation du tribunal — nationalité étrangère de la victime ou du délinquant, etc...

Ce premier souci ne suffirait pourtant pas à expliquer toutes les dispositions de la réforme. L'on n'en a tenu compte que dans l'intérêt exclusif de l'Etat allemand, qui encore très étroitement interprété, demeure le pivot de la réforme.

Les auteurs de la réforme sont restés entièrement étrangers à l'idée d'une véritable société d'Etat, d'une « Communauté Internationale ». Ils n'ont point voulu consacrer la conception universaliste. Ils ont tout au contraire cédé à l'influence de la tendance particulariste chaque fois que cela leur a paru compatible avec les besoins de la lutte contre les malfaiteurs professionnels. Mais la mesure de cette influence a varié avec l'objet des dispositions.

Deux séries de problèmes se posent en droit pénal international ; tout d'abord, et c'est surtout ce problème préliminaire qui a attiré l'attention de la doctrine, la détermination de ceux des délits conte-

(1) Il n'existe encore, à notre connaissance, aucun ouvrage d'ensemble suffisamment complet sur la réforme allemande de 1927, mais l'excellente série d'études sur la réforme de 1925 publiée sous la direction de Aschroth et Kohlrausch (*Die Reform des Strafrechts*) peut provisoirement en tenir lieu. Le projet de 1927 reproduisant dans ses grandes lignes le projet de 1925.

(2) Projet de Code pénal de 1927, livre I, Droit pénal général, section VIII, Des mesures d'éducation et de sûreté, art. 54 à 64.

Voir Aschroth et Kohlrausch et surtout Kohlrausch, pp. I à 34 ; Freudenthal, pp. 153 à 171 ; Grünhut, pp. 172 à 180.

nant des éléments d'extranéité que doit réprimer un Etat déterminé ou à la répression desquels il doit collaborer.

La plupart des législations en vigueur et des systèmes doctrinaux admettent la nécessité de distinguer parmi ces délits toute une catégorie. L'Etat pourrait ou devrait se désintéresser de ceux, par exemple, qui ont été commis en dehors de son territoire et qui ne touchent pas à ses intérêts.

Nous appellerons désormais les règles qui traitent de ce problème, règles relatives aux conditions générales d'incrimination des délits.

Nous verrons que les projets allemands s'inspirent sur ce point du sentiment le plus large de la solidarité des Etats.

En second lieu, une fois reconnue la nécessité de la réaction répressive de l'Etat à l'égard d'une certaine activité criminelle sous une forme quelconque, il faut déterminer de quelle manière celle-ci sera réprimée, les autorités chargées de ce soin; les règles qu'elles devront appliquer. Le règlement de ces deux séries de questions peut en effet se trouver influencé en droit moderne, par la présence d'un élément d'extranéité et faire par suite l'objet de dispositions de droit pénal international, puisque cette branche du droit a pour objet de déterminer l'ensemble des conséquences de la présence d'un élément d'extranéité sur la répression. Il nous faut les examiner successivement. Sur leur solution — notamment sur les règles de conflit de lois et de conflit de juridictions la tendance particulariste a exercé une influence profonde; les auteurs des projets étant partis de l'idée de la supériorité intrinsèque des autorités et des institutions nationales.

A) *Des conditions générales d'incrimination*

4. — Le Code pénal de 1871 était fidèle, en principe, au système territorialiste. Il incriminait les délits commis sur le territoire et les soumettait au même régime, qu'ils fussent commis par des Allemands ou des étrangers. Mais il n'incriminait point, en principe, les délits commis sur le territoire étranger.

Il n'y a pas lieu, en principe, dit l'article 4, § 1^{er}, à poursuite des délits commis sur un territoire étranger.

L'article 4, § 2^e et suivants, avait bien tempéré les inconvénients qui résultaient de cette solution, en consacrant certaines des exceptions préconisées par les différentes écoles réalistes.

Dans ces différents cas, le délit de droit commun commis à l'étranger pouvait être poursuivi en Allemagne, mais ces exceptions étaient peu nombreuses et ne pouvaient pas être étendues.

En dehors de ces cas, l'extradition restait encore possible, mais le plus souvent n'aboutissait pas. Elle était et elle est encore subordonnée à un grand nombre de conditions restrictives — nationalité étrangère du délinquant « un Etat n'extrade pas ses nationaux », demande d'extradition émanant d'un Etat qui avait signé avec l'Allemagne un décret d'extradition et abandonnée en outre à l'arbitraire administratif de l'Etat.

Les projets postérieurs de 1909, 1911, 1913, 1919, consacraient à peu près les mêmes solutions. Ils continuaient à affirmer le principe territorial et se bornaient à étendre légèrement la liste des délits commis en dehors des frontières et incriminés sur le territoire. Projet de 1909, art. 4 et 5. Projet de 1911, art. 4. Projet de 1913, art. 4 et 5. Projet de 1919, art. 1 et 4.

5. — Le projet de 1927 comme le projet analogue de 1925 consacre d'une manière générale la théorie du droit universel de punir. Presque tous les délits de droit commun commis même à l'étranger pourront être incriminés sur le territoire allemand.

Aucun texte ne proclame sans doute expressément ce principe. Les auteurs des projets n'ont nulle part déterminé explicitement ceux des délits contenant des éléments d'extranéité qui peuvent provoquer en Allemagne une réaction répressive de l'Etat. Certains projets antérieurs l'avaient fait, le projet de 1919, par exemple, au lieu de décider l'application de la loi pénale allemande à tel ou tel cas disposait que tel individu pouvait être poursuivi d'après les lois allemandes lorsqu'il avait commis à l'étranger tel ou tel délit.

Le projet de 1927 au contraire ne déclare nulle part quels sont les délits pouvant entraîner l'ouverture, en Allemagne, d'une procédure pénale.

La question n'a sans doute pas échappée à ces auteurs, mais une considération de technique législative leur a fait écarter la formule générale des projets antérieurs : c'est là, disent-ils (1) non un problème de droit pénal international, mais un problème de procédure

(1) Compte rendu officiel des séances de la Commission du Reichstag, 4^e séance, p. 3.

pénale internationale (1). Ils auraient dû alors l'insérer dans le projet de loi d'introduction, mais ils ne l'ont pas fait, si bien que la solution de cette question ne résulte qu'implicitement des nouveaux textes, et c'est l'incrimination de principe sur le territoire de presque tous les délits de droit commun, même commis à l'étranger. Ceci résulte de la combinaison des articles 5-6 et 7 du projet de Code pénal avec les dispositions de la loi sur l'extradition et du projet de loi d'introduction. Dans la plupart des cas où l'action publique ne se trouve pas éteinte pour une cause quelconque (les articles 154 *d* et 154 *e* du projet de loi d'introduction déterminent cette hypothèse), l'État allemand fera réprimer directement les délits, même commis à l'étranger ou collaborera à leur répression. Une procédure pourra tout d'abord être intentée en Allemagne, dans presque toutes ces hypothèses. Il y a lieu à poursuivre chaque fois que le délit rentre dans une des quatre séries d'hypothèses suivantes :

1° Délits commis sur le territoire ou à bord d'un bateau allemand ou à bord d'un moyen de transport aérien allemand, même s'ils ne sont pas sur le territoire allemand;

2° Délits commis à l'étranger par un fonctionnaire allemand comme tel ou contre un fonctionnaire à l'occasion de ses fonctions. Faux serment perpétré à l'étranger au cours d'une procédure dépendant d'une autorité allemande. Crime de fausse monnaie, traite des blanches et traite d'enfants commis à l'étranger ;

3° Délits ne rentrant pas dans les deux premières catégories, mais incriminés par la loi locale et la loi allemande et commis à l'étranger par un Allemand qui l'était déjà lors de la perpétration du délit ou qui l'est devenu ;

4° Délits ne rentrant pas dans les deux premières catégories, mais réprimés par la *lex loci commissiois* et la loi allemande et commis à l'étranger par un étranger, lorsque ce délit n'est pas inséparable d'un délit politique et que son auteur n'a pas été extradé.

Ces différents délits sont en effet soumis à la loi allemande en

(1) Le bien-fondé de cette affirmation est d'ailleurs contesté. M. Donne-dieu de Vabres (*Introd. à l'étude du droit pénal international. Conclusion, et Principes modernes du droit international*, p. 3) fait rentrer ce problème dans le droit pénal international proprement dit.

vertu des articles 5, 6 et 7 du projet de Code pénal et des articles 2 et 3 de la loi d'extradition.

L'article 5, alinéas 1 et 2, le décide explicitement pour les délits de la première catégorie. L'article 6 (alin. 2, 3, 4, 5) pour ceux de la troisième. L'article 7 (§§ 1 et 2), le décide implicitement pour ceux de la quatrième. Il ne définit pas la nature des délits incriminés, mais il déclare que ce sont tous ceux susceptibles d'être extradés d'après la nature du délit « nach der Art der Tat ». Or, la loi sur l'extradition à laquelle, d'après les travaux préparatoires (1), il faut recourir pour déterminer ce qu'il faut entendre par là, décide implicitement que ce sont tous les délits de droit commun qui n'ont pas eu pour objet de faciliter un crime politique, ou d'en recéler les auteurs.

Les seuls délits que cette loi soustrait, en raison de leur nature, à la possibilité de l'extradition sont soit les crimes et délits politiques (art. 133), soit les crimes et délits de droit commun qui ont servi à commettre ou à faciliter ou à couvrir un crime politique (même article).

Le champ d'application de l'art. 7 sera considérable même en ce qui concerne les délits commis par des étrangers par suite de la compréhension étroite que la loi de 1929 donne à la notion de crimes politiques.

Il s'étendra non seulement aux délits contre les personnes et la propriété, mais encore à la plupart des crimes et délits attentatoires à l'ordre public, à la puissance de l'État, au fonctionnement des services publics, parce que ceux-ci ne sont point, en effet, des délits politiques au sens de la loi sur l'extradition. L'article 3, alinéa 2, de la loi de 1929 définit en effet comme actes politiques « les agressions punissables dirigées directement contre l'existence et contre la sûreté de l'État, contre le chef suprême ou contre un membre en tant que tel du gouvernement de l'État ou contre un corps prévu par la constitution ou contre les bonnes relations prévues avec l'étranger », c'est-à-dire les crimes et délits incriminés aux sections 1 à 4 de la deuxième partie du projet de vote pénal. *A contrario* les crimes et délits prévus aux sections 5 à 12, délits contre le fonctionnement des services publics, contre la puissance de l'État, les atteintes à la religion, à la paix publique, les faux serments, restent des délits de droit commun. Ils seront par suite soumis à l'article 7,

(1) Exposé des motifs du projet de 1927, p. 10.

alinéa 2, du projet de Code pénal et pourront donc, même commis à l'étranger par des étrangers contre un ordre étranger, être soumis à la loi allemande sous la réserve de l'incrimination du délit par la loi locale.

Bien plus, cette dernière catégorie de délits et celle visée à l'art. 7, § 1, devront même être légèrement étendues. L'exigence de l'incrimination complémentaire par la loi locale est restreinte au cas où le lieu de la commission du crime est soumis à une organisation étatique (projet de Code pénal, art. 7, § 4). L'exigence de non-connexité avec un délit politique disparaît en cas d'attentat contre la vie humaine (loi sur l'extradition, art. 3, § 3).

Or, les délits soumis à la loi allemande sont tous susceptibles, en principe, d'être poursuivis en Allemagne, car, par ces dispositions, les auteurs du projet n'ont point entendu établir un système de conflits de lois à l'usage des juges étrangers.

Les travaux préparatoires corroborent cette impression.

a) L'article fondamental, l'article 7, tient dans le projet de 1927 la place que tenait dans les projets antérieurs la disposition déterminant les délits qui pouvaient être poursuivis en Allemagne. L'exposé des motifs (1) comme le compte rendu des séances de la Commission du Reichstag (2) indiquent que le changement de la formule a été dicté par le seul désir de ne pas insérer de règles de procédure dans un projet de Code pénal.

b) La justification de ces textes, qui se trouve dans l'exposé des motifs, ne contient aucune considération de conflits de lois et invoque seulement des considérations de procédure tirées de l'utilité des poursuites en Allemagne.

En outre, les textes insérés dans le projet de loi d'introduction qui visent certaines hypothèses de suspension d'une procédure engagée en Allemagne se réfèrent aux articles du projet de Code pénal dans une forme qui semble indiquer qu'une procédure peut être intentée en Allemagne dans toutes les hypothèses où la loi allemande est applicable.

(1) Exposé des motifs, p. 9 (implicite).

(2) V. ci-dessus, p. 283, note 1.

Notamment l'article 154 (c) de la loi d'introduction en disposant dans les différentes hypothèses précédentes que l'action publique peut être suspendue semble admettre implicitement qu'une poursuite est possible dans toutes ces hypothèses.

Deux catégories importantes de délits commis à l'étranger restent, en dehors de cette énumération et ne pourront pas être suivis de l'ouverture en Allemagne, d'une procédure.

Il en sera ainsi dans les cas où l'extradition a été accordée par l'Allemagne à un Etat étranger; ensuite, les cas où en dehors des hypothèses prévues par les art. 5 et 6 du projet de Code pénal, l'action punissable incriminée par la loi interne allemande ne l'est pas par la loi locale étrangère (art. 7, al. 1).

Les cas d'extradition ne dérogent nullement à la théorie du droit universel de punir (Celle-ci n'entraîne pas la compétence exclusive du *forum deprehensionis* mais la seule possibilité d'une poursuite au lieu de l'arrestation. Les textes sur lesquels nous raisonnons consacrent précisément ce système.

L'extradition ne sera jamais une obligation; les autorités allemandes pourront toujours lui préférer l'ouverture, en Allemagne, d'une poursuite judiciaire et quand elles préféreront l'extradition, l'Etat allemand ne se désintéressera pas pour cela, du délit commis à l'étranger, il y collaborera encore; seule la forme de sa collaboration sera changée.

Les cas où l'introduction d'instance en Allemagne est impossible par suite de l'absence d'incrimination de la loi locale étrangère ne résultent pas davantage de l'indifférence de l'Etat allemand à la répression des délits commis sur un territoire étranger que le délit ne porte pas atteinte aux droits et aux prérogatives de l'Etat. Si, dans certaines circonstances la présence d'un élément d'extranéité déterminé — la commission du délit sur un territoire étranger peut, en cas de carence de la loi locale, entraîner en Allemagne, la suppression de toute intervention répressive des autorités publiques, ce n'est pas parce que la présence de cet élément d'extranéité rend l'Etat allemand indifférent. Celui-ci ne se désintéresse pas de la répression d'un délit parce que en raison de la présence d'un élément d'extranéité, il ne porte pas atteinte aux droits et prérogatives de l'Etat allemand. S'il n'intervient pas, c'est au contraire parce que les besoins d'une bonne répression qu'il prend en considération exigent que l'on tienne compte des règles de la loi locale dont

les dispositions — dans les cas que nous envisageons — s'opposent à la répression.

6. — Ces textes mettent en évidence l'influence des tendances positivistes et celle de la crainte des récidivistes et des malfaiteurs professionnels. Toutes deux commandent l'abandon de toutes les restrictions admises par différentes doctrines à l'incrimination sur le territoire des délits commis à l'Etranger. La thèse de l'Ecole territorialiste, l'indifférence de l'Etat aux délits commis hors du territoire, les thèses des différentes Ecoles réalistes, l'incrimination des seuls délits commis à l'Etranger dont la Commission porte directement atteinte à un intérêt national — à un *Rechtsgut* national — (délits commis contre un étranger ou contre un objet se trouvant sur le territoire national) sont les unes et les autres incompatibles avec les idées nouvelles et les besoins de la lutte contre les récidivistes.

En matière de délits de droit commun, le lieu de perpétration du délit, le caractère national ou étranger de l'intérêt directement lésé par celui-ci apparaîtra indifférent. Le délit de droit commun, qu'il soit commis sur le territoire ou à l'Etranger, contre un ressortissant ou un Etranger, contre un objet situé sur le territoire ou à l'Etranger, contiendra la même menace pour la sécurité de l'Etat.

L'agent qui a commis un délit hors des frontières, pourra par suite de la facilité des relations internationales en commettre un demain sur le territoire.

L'agent qui a commis un délit contre un intérêt étranger pourra en commettre un demain contre des intérêts nationaux. Ce n'est en général que par suite de considérations fortuites, que les intérêts nationaux ont échappé jusqu'à présent à son activité malfaisante et ce même agent surtout s'il franchit la frontière, pourra porter et portera le plus souvent atteinte à ces intérêts et à la sécurité de l'Etat.

La sécurité de l'Etat exige en toutes circonstances la répression de son activité malfaisante.

Dans certains passages des travaux préparatoires, dans certains commentaires de la doctrine, on s'est efforcé d'expliquer autrement ces dispositions.

M. Kahl, Président de la Commission du Reichstag, à l'occasion de

l'élaboration de l'article 7 par la commission (1) et M. Mendelssohn-Bartholdy dans son commentaire précité (2) expliquent les dispositions fondamentales du projet de Code pénal, par la théorie de la *Staatsvertretung*, la théorie de la représentation des Etats les uns par les autres. L'article 7 dans ces deux dispositions aurait pour objet d'assurer la défense des intérêts des Etats Etrangers, qui même dans l'hypothèse où l'extradition serait impossible, se trouveraient ainsi garantis par l'intervention judiciaire de l'Etat allemand. Celui-ci poursuivrait, en qualité de représentant des Etats Etrangers, un délit qui n'a pas porté atteinte à ses intérêts propres mais à ceux des autres Etats qu'il a le devoir de représenter.

Cette explication, non seulement invoquée par les travaux préparatoires, mais qu'un interprète aussi autorisé que M. le Professeur Mendelssohn — Bartholdi fait sienne, nous paraît inadmissible.

Tout d'abord en elle-même et avant tout examen des projets allemands, elle apparaît peu vraisemblable parce que difficilement compatible avec des idées universellement admises aujourd'hui. Comment serait-il possible d'admettre qu'en une matière comme le Droit pénal où le souci de la sécurité de l'Etat joue le premier rôle, l'Etat se fasse d'une manière générale pour la criminalité de Droit commun, le représentant des intérêts de ses voisins.

Pourquoi d'ailleurs cette idée de représentation des Etats, serait-elle, comme l'admettent ses partisans, valable pour tous les délits de droit commun en général, et totalement exclue pour les délits politiques qui intéressent cependant au premier chef les Etats Etrangers ?

Quels peuvent bien être ces intérêts spéciaux à chaque Etat et que les autres se chargent de représenter, en réprimant les atteintes qui leur sont portées ?

N'apparaît-il pas, avant tout examen, que ces intérêts propres à chaque Etat, ne sont en réalité que des intérêts communs à eux tous, que ne sont pris en considération par l'Etat poursuivant que dans un but de protection personnelle. L'inexactitude foncière de la *Staatsvertretungstheorie* est rendue plus évidente encore par l'examen attentif de toutes les prétendues applications législatives de ce système. Comme on l'a depuis longtemps montré, l'explication par

(1) Compte rendu officiel des séances de la Commission du Reichstag, 4^e réunion. — Cpr. l'exposé des motifs, pp. 9 et 10.

(2) *Op. cit.*, pp. 46 et suiv.

l'idée de la *Staatsvertretung*, dénuée de fondement théorique (1) est absolument inconciliable avec les dispositions précises des législations qui l'auraient soi-disant consacrée (2). Spécialement la réglementation édictée par les auteurs des projets, est incompatible avec le point de départ de la *Staatsvertretungstheorie*. Ceux-ci, en effet, se sont inspirés (nous le verrons plus loin en étudiant la manière dont les délits sont réprimés en Allemagne), d'idées nettement nationalistes incompatibles avec l'idée d'une communauté internationale, en joignant à chaque Etat l'obligation au moins morale de défendre les intérêts de ses voisins sur son propre territoire. En ce qui concerne les délits politiques, les auteurs du projet sont allés si loin, que le sort des dispositions qu'ils ont édictées peut soulever les plus vives inquiétudes.

Même en ce qui concerne les délits de droit commun, l'idée de représentation des Etats les uns par les autres est absolument écartée. La manière dont ces délits sont réprimés atteste la méfiance systématique des pouvoirs publics allemands à l'égard des autorités et des institutions étrangères.

Dans toutes les hypothèses de poursuite en Allemagne, les articles 6 et 7 appliquent exclusivement la loi allemande à la détermination de la peine.

En cas de poursuite à l'Etranger, le système allemand ne consacre aucun système d'exequatur permettant d'exécuter sur le territoire allemand la peine (la peine principale tout au moins à laquelle le délinquant a été condamné à l'Etranger).

Or, si les Etats se représentent les uns par les autres, il faudrait tenir le plus grand compte des dispositions étrangères. Si la compétence du *judex loci deprehensionis* notamment, apparaît supplétive de celle du *judex loci commissiois*, si son intervention avait pour objet de suppléer celle du second le *judex loci deprehensionis* devrait s'inspirer pour déterminer la condamnation des règles prévues par la loi du second, mais les projets allemands ne l'ont pas admis. Il devrait même être possible de faire exécuter en Allemagne la sentence étrangère de condamnation, ce que les projets ne permettent également pas.

(1) Voir la démonstration de M. Donnedieu de Vabres et les références, *Princ.*, pp. 131 à 134.

(2) Binding, *Handbuch des Strafsrechts*.

On ne saurait arguer en sens contraire des quelques hypothèses d'exécution en Allemagne des sentences étrangères.

Les unes ont pour objet de garantir la liberté individuelle, en rendant impossible l'exécution d'une nouvelle peine par le délinquant qui en a déjà subi une à l'Etranger. Dans les autres, les effets reconnus à la sentence étrangère ont pour seul objet, en dehors de toute prise en considération des intérêts lésés, de protéger l'Etat allemand contre la témibilité de dangereux délinquants. Ni dans les unes, ni dans les autres, la peine principale prononcée par les autorités étrangères ne pourra être exécutée par les autorités allemandes.

L'idée que l'art. 7 repose sur la prise en considération d'un intérêt commun à tous les Etats, la lutte contre la témibilité des malfaiteurs professionnels et des récidivistes est au contraire parfaitement conciliable avec les idées qui inspirent ces différentes dispositions : l'égoïsme notamment, dont se sont spécialement inspirés les auteurs de la réforme : l'Etat allemand a intérêt à intervenir d'une manière aussi étendue dans la répression des délits commis à l'étranger en dehors de toute atteinte portée aux intérêts allemands.

Cette explication rend notamment compte du régime applicable aux délits politiques (1). La communauté d'intérêts des Etats dans la lutte contre la témibilité des agents n'existe plus. L'agent qui a commis un délit contre un Etat déterminé, n'a aucune raison en général de commettre un délit du même ordre contre les Etats voisins, ceux-ci n'ont plus aucun intérêt à les poursuivre.

Cette explication de l'art. 7 se trouve enfin confirmée par les travaux préparatoires et notamment l'exposé des motifs (2) cependant invoqués en sens contraire par M. Mendelsohn-Bartholdi. Celui-ci dit bien que l'art. 7 est une application de la « *Vertretungstheorie* », mais lorsqu'il s'agit de justifier cette disposition, ce n'est pas aux idées de communauté internationale et d'obligation réciproque des Etats qu'il s'adresse, mais à la nécessité de se protéger contre la témibilité des bandits internationaux et des malfaiteurs exerçant successivement leur activité dans plusieurs pays.

(1) L'idée de témibilité rend également compte, nous allons le voir plus loin, de la plus grande partie des règles spéciales applicables en matière de délit de droit commun.

(2) *Op. cit.*, p. 9.

B) *Des règles spéciales applicables à la répression des délits de droit commun*

7. — Les nouveaux textes contiennent de nombreuses dispositions de droit pénal et de procédure pénale qui réglementent presque complètement la manière dont peuvent ou doivent être réprimés les délits de droit commun contenant des éléments d'extranéité.

Si la présence d'un élément d'extranéité dans un délit de droit commun ne modifie pas en principe la nécessité d'une réaction répressive, elle modifie au contraire et parfois très profondément la détermination des autorités compétentes et les règles qu'elles devront appliquer. L'idée même de solidarité des Etats dans la lutte contre le crime qui a inspiré aux auteurs la première solution recommande une collaboration des autorités législatives, judiciaires et administratives des divers pays.

Des dispositions de procédure pénale internationale contenues pour la plupart dans le projet de loi d'introduction (art. 154 à 154 h) et la loi sur l'extradition déterminent les conséquences du caractère international du délit sur la procédure.

Les dispositions de droit pénal international contenues dans les articles 5, 6, 7 et 8 du projet de Code pénal réglementent ses conséquences sur les règles de fond.

Dispositions de procédure criminelle et de compétence judiciaire.

8. — Le caractère international du délit, la présence de certains éléments d'extranéité, la nationalité étrangère de l'agent ou le lieu étranger de commission du délit, ont d'importantes conséquences sur la détermination des autorités répressives, les pouvoirs qui leur sont reconnus et même dans une certaine mesure, sur les formes de procédure dans lesquelles ces autorités devront exercer leurs fonctions.

A) 1° L'influence des éléments d'extranéité se manifestera surtout en ce qui concerne la détermination des autorités répressives compétentes. Les autorités répressives étrangères seront amenées à collaborer, sous des formes différentes, à l'œuvre de la répression.

1) La loi sur l'extradition admet la possibilité de livrer aux autorités étrangères un délinquant arrêté sur le territoire, soit pour y être poursuivi, soit en cas de condamnation régulièrement pronon-

cée auparavant pour y subir sa peine. Elle consacre, sur ce point, une pratique antérieure généralement admise sous des modalités différentes et qui notamment existaient déjà en Allemagne avant la loi de 1927.

La loi accuse cependant l'évolution qui s'opère dans le sens d'une organisation internationale. Comme la loi française sur l'extradition, quoique à un moindre degré puisque la loi allemande exige la condition de réciprocité, le régime de la loi de 1929 constitue une phase transitoire entre le régime arbitraire admis, avant la guerre, dans la plupart des pays, et une distribution rationnelle entre les différents Etats des compétences de leurs autorités respectives.

Comme l'a fortement montré M. Donnedieu de Vabres, les lois récentes sur l'extradition tendent à lui imprimer de plus en plus le caractère d'un véritable acte de juridiction (1). On pourrait, même en ce qui concerne le régime allemand, fortifier cette impression par une comparaison avec les textes du projet de Code pénal.

Avant la loi de 1929, l'extradition paraissait avoir essentiellement pour objet de constituer un palliatif à l'indifférence de principe de l'Etat aux délits commis en dehors de son territoire. Son maintien, après la reconnaissance de la possibilité d'une poursuite sur le territoire de tous les délits de droit commun commis à l'étranger s'explique en grande partie par une autre idée, celle de la distribution rationnelle des compétences.

Du moment que l'on accepte d'extrader celui qui pourrait être poursuivi sur le territoire, n'est-ce point parce qu'on estime que la juridiction étrangère est mieux à même d'apprécier le délit, de le juger ? Le maintien de l'adage : « *aut dedere aut punire* » prend un sens tout différent de celui qui lui était autrefois assigné. L'alternative dans laquelle il nous met ne dépendra pas de la question de savoir quel Etat est le plus intéressé, mais de celle de savoir quel est le pays dont les juridictions sont les plus qualifiées.

Objectera-t-on que s'il en était ainsi, l'extradition devrait, au moins dans certaines hypothèses, être obligatoire et non abandonnée à l'arbitraire de l'Etat allemand ? Que le caractère arbitraire qui lui est dans tous les cas reconnu démontre au contraire que l'extradition est simplement une sorte de service bénévolement accordé par un Etat à l'autre et analogue à ce qu'était, en droit international

1) *Op. cit.*, chap. VIII, pp. 248 à 302.

privé, l'application de la loi étrangère dans la théorie de la *comitas gentium*.

Cette objection n'est pas décisive. Le régime actuel de l'extradition constitue simplement un stade intermédiaire (1).

En outre, d'autres dispositions montrent le désir des auteurs de la réforme d'attribuer une véritable compétence aux autorités judiciaires étrangères. Certains textes organisent sur des points très importants la collaboration des autorités répressives des différents pays dans la répression des délits contenant des éléments d'extranéité.

2) Les autorités répressives étrangères ne sont pas seulement investies d'autorité en cas d'extradition. En dehors même de ces hypothèses, elles peuvent être investies d'une véritable compétence de droit. Les textes ne se bornent pas à faciliter aux autorités répressives étrangères l'exercice de leurs pouvoirs sur leur territoire : plusieurs catégories de dispositions contenues dans le projet de Code pénal et dans le projet de loi d'introduction, admettent que le jugement répressif rendu à l'étranger sera générateur sur le territoire allemand d'importantes conséquences de droit.

Les projets allemands ont d'abord largement reconnu les effets négatifs de l'autorité de la chose jugée à l'étranger. Le projet de loi d'introduction décide dans son supplément D à l'article 154 que l'action publique devra obligatoirement être suspendue pour la plupart des délits de droit commun commis à l'étranger en cas de jugement à l'étranger suivi, soit d'acquiescement, soit de condamnation, suivie elle-même d'exécution ou de remise de peine, simple acte administratif pourtant ; la prise en considération du jugement étranger sera même obligatoire, solution contraire à celles de certaines législations étrangères (2), quelle que soit la nationalité de l'auteur du délit et celle de la victime, pour presque tous les délits commis à l'étranger ; l'article 154 vise en effet tous les crimes et délits dirigés soit contre les personnes, soit contre les propriétés, et ne fait d'exception que pour les délits prévus à l'article 6.

La loi d'introduction ne fait d'ailleurs que consacrer sur ce point des solutions très largement admises aujourd'hui et qui se rencon-

(1) Cf. Donnedieu de Vabres, *op. cit.*, pp. 250 et suiv.

(2) Voir notamment la réforme roumaine de 1922.

traient déjà dans tous les projets antérieurs à ceux de 1909 à 1928 et même dans le Code de 1871 (art. 5).

Cette solution semble aller de soi, en dehors de toute idée de solidarité des autorités des différents pays, le respect de la liberté individuelle et ce qui subsiste de l'idée classique de justice jusque dans les systèmes législatifs positivistes l'exigent impérieusement, de l'avis même de la plupart des positivistes contemporains.

Il est aussi choquant de faire subir deux fois une peine à un inculpé pour le même délit, que de condamner pénalement un individu en l'absence d'une transgression formelle de l'ordre établi et fait observer M. Donnedieu de Vabres, le sentiment général se soulèverait aujourd'hui si l'on voulait juger et punir deux fois le même inculpé, pour le même fait (1).

Les auteurs du projet ne se sont pas bornés à consacrer avec la plupart des législations positives, l'aspect négatif de la reconnaissance sur le territoire des effets de l'intervention des autorités étrangères. Le souci de lutter aussi efficacement que possible contre la témérité de tout agent susceptible d'exercer son activité nuisible sur le territoire les ont amenés, inovant ici, dans une large mesure, à reconnaître des effets positifs importants au jugement positif émanant des autorités étrangères.

Le jugement répressif étranger, comme le jugement répressif allemand permettra de prendre en Allemagne des mesures de sûreté et d'éducation et éventuellement, en cas de condamnation ultérieure en Allemagne, de faire application au récidiviste de la circonstance aggravante dite de délinquant d'habitude.

a) « Si un Allemand, déclare l'article 154 g nouveau du projet de loi d'introduction, a été condamné à l'étranger pour crime, ou à une peine privative de liberté d'au moins un an pour des délits intentionnels dans des conditions qui, s'agissant d'une condamnation prononcée en Allemagne entraîneraient l'application d'une mesure de sûreté conformément à l'article 78 du projet de Code pénal, l'action publique devra être exercée en vue d'aboutir après constatation de sa culpabilité, à la prise de ces mesures de sûreté.

b) Il faut faire entrer en ligne de compte dit l'article 78 *in fine* du projet de Code pénal, les sentences étrangères de condamna-

(1) Donnedieu de Vabres, *op. cit.*, p. 307.

tion au même titre que les sentences nationales pour décider si l'on se trouve en présence d'un délinquant primaire ou d'un récidiviste et prononcer en ce cas l'aggravation de peine qui résulte de cette constatation.

En effet, la prise de mesures d'éducation et de sûreté et l'application de la circonstance aggravante à la suite d'un jugement répressif de condamnation, s'explique parce que la témébilite établie par le jugement répressif rend indispensable la prise de ces mesures d'individualisation de la peine. Or, la présomption au sens propre du mot de témébilite qui résulte d'une condamnation, ou plus précisément de la reconnaissance faite par le jugement de condamnation, de la culpabilité de l'agent dans une hypothèse déterminée se justifie en principe, aussi bien, que le fait délictueux ait été constaté par un jugement étranger, ou qu'il l'ait été par un jugement émanant d'une juridiction nationale.

On attache au jugement répressif rendu à l'étranger des effets juridiques pour la même raison qu'on attache certaines conséquences pénales aux délits de droit commun commis à l'étranger. En dehors de toute lésion de l'intérêt national, *le fait réalisé à l'étranger, délit ou jugement, engendre une présomption de témébilite de l'agent.*

Il faut seulement que la constatation de culpabilité d'où résulte cette présomption de témébilite, ait autant que possible fait l'objet des mêmes garanties. Le texte a pris même des précautions spéciales pour le cas des mesures d'éducation et de sûreté en exigeant une nouvelle administration de la culpabilité de l'agent et en restreignant la prise des mesures au cas pratiquement le plus important du point de vue de la sécurité; celui de l'allemand délinquant; mais même ainsi restreinte, la première règle mérite d'attirer l'attention; la reconnaissance par un tribunal étranger de la culpabilité de l'agent va être génératrice de conséquences positives en Allemagne à la suite d'une procédure spéciale que l'on peut dans une certaine mesure rapprocher de la procédure d'exequatur en matière civile.

La seconde règle est d'ailleurs plus remarquable encore; elle s'explique sans doute aisément; la première condamnation a pu se produire à la suite de faits rendant pratiquement impossible la saisine des tribunaux allemands; démontrant néanmoins la témébilite de l'agent, elle doit permettre en cas de condamnation posté-

rieure l'application de la circonstance aggravante de récidive; mais si naturelle qu'elle apparaisse, cette disposition n'est pas moins remarquable: sous la forme générale et obligatoire où elle est admise par l'article 78, elle constitue une innovation non seulement par rapport au Code pénal 1870 mais par rapport aux législations étrangères (1). L'absence de contrôle sur la manière dont a été rendue, sur l'élaboration à l'étranger de la sentence étrangère montre à quel degré la nécessité de lutter contre la témébilite des récidivistes est des malfaiteurs professionnels à influencé les projets allemands.

c) La présomption de témébilite du délinquant résultant de la sentence étrangère de condamnation a amené la consécration des effets des jugements étrangers même pour des mesures étrangères, aux solutions positivistes.

L'action publique, décide l'article 154 f du projet de loi d'Introduction, pourra être exercé en Allemagne pour faire appliquer éventuellement la perte des droits civiques et politiques, lorsque le délit puni à l'étranger se trouve sanctionné par le droit allemand d'une pareille peine accessoire. Cet article n'a pas pour objet direct, la réduction de la témébilite de l'agent mais il s'apparente néanmoins très étroitement à la disposition de l'article 154 g relatif aux mesures d'éducation et de sûreté et se justifie pour la même raison. Ce qu'on a décidé en effet pour assurer la sécurité sur le territoire doit également être admis par voie de conséquence pour assurer le bon fonctionnement du service public qui apparaît un des plus essentiels en régime démocratique « le concours des citoyens à la gestion politique de la Cité (2). Cette disposition n'est même qu'un corollaire de celle de l'article 154 g. Elle le précède il est vrai dans le texte, mais pour une raison purement fortuite: l'or-

(1) V. pourtant l'article 29 du Code pénal mexicain. Mais en général les législations étrangères refusent de prendre en considération la condamnation étrangère ou laissent au juge la simple faculté de le faire. Cf. Martin, *Etudes de droit international privé*, p. 216; Donnedieu de Vabres, pp. 337 et suiv.

(2) V. Huguency, *Des incapacités et déchéances en droit pénal international*, Revue de droit pénal international, 1909, p. 80.

V. thèse Kraft, *Incapacités et déchéances en droit pénal international*, Alger, 1929.

dre dans la loi ancienne et générale de procédure pénale, des dispositions auxquelles ces dispositions nouvelles s'incorporent.

3) Enfin, la loi du 23 décembre 1929 dite loi sur l'extradition s'est efforcée de faciliter la tâche des autorités répressives étrangères en prescrivant d'une manière tout à la fois très précise et très étendue aux autorités allemandes de collaborer avec elles à l'œuvre de la répression.

Deux séries de dispositions déterminent les cas et les formes de cette collaboration.

Les articles 34 à 40 faisant l'objet de la section 2 de la loi, déterminent comment les autorités allemandes pourront remettre ou faire remettre aux gouvernements étrangers les *objets* de toutes sortes dont la possession est utile à l'œuvre de la répression (à l'exécution de la condamnation comme à la recherche de la vérité judiciaire).

Les articles 41 à 43 faisant l'objet de la section 3 de la loi déterminent comment les autorités allemandes pourront collaborer avec les autorités répressives sous forme *d'assistance judiciaire proprement dite* par : « expédition de renseignements, délivrance de citation et signification de toutes sortes, accomplissement sur place d'actes d'instructions, audition d'inculpés, de témoins et d'experts, saisie, perquisition, descente du juge sur les lieux, arrestation et conduite à la frontière de toutes personnes que les autorités étrangères ont besoin de faire témoigner ou de faire confronter. »

Le nombre des cas d'assistance judiciaire est ainsi très étendu, de même la procédure employée a été déterminée d'une manière très libérale c'est pour les autorités allemandes une véritable obligation fonctionnelle de collaborer à l'œuvre étrangère de la répression. C'est exclusivement aux autorités judiciaires qu'il incombe de procéder aux mesures d'assistance judiciaire. Le rang des magistrats compétents, conseillers et procureurs de la Cour d'Appel, vont renforcer encore la garantie donnée aux intérêts de la répression. Et ceux-ci seront impérativement tenus de par leurs fonctions de prêter leur concours aux autorités étrangères au même titre qu'ils doivent le prêter à leurs collègues allemands.

Les seules limitations qui ont été apportées à cette collaboration se ramènent à la protection de la souveraineté des tribunaux allemands (art. 43) et dans certains cas pour ne pas favoriser le natio-

nalisme de certains pays étrangers à l'exigence de la réciprocité (art. 34, § 2) (1).

9. — Ces différentes mesures, y compris la large reconnaissance en Allemagne des sentences répressives étrangères n'ont point abouti cependant à un régime complet et rationnel de distribution, entre les différents Etats de la compétence de leur autorité répressive.

La tendance particulariste qui a exercé sur les auteurs des projets une influence considérable s'y est opposée.

Une certaine conception de la souveraineté, l'idée que sur chaque territoire l'Etat souverain par définition est libre et doit rester libre de régler la répression comme il l'entend et que les autorités nationales assurent mieux que les autorités étrangères la protection de l'autorité de l'Etat, ont empêché une solution rationnelle du problème de la compétence, une répartition qui mettrait sur un pied d'égalité des autorités répressives nationales et étrangères.

1) Tout d'abord, le souci des prérogatives de la souveraineté a fait laisser une place considérable à l'arbitraire des pouvoirs publics dans la détermination de la compétence des autorités étrangères.

Il en est ainsi, non seulement dans l'hypothèse où l'agent a été avant toutes poursuites judiciaires arrêté en Allemagne. (La livraison du coupable à l'autorité étrangère ne sera alors possible que si les autorités publiques allemandes y consentent car il dépend toujours, en effet, du ministre de la Justice d'accorder ou de refuser l'extradition) (loi sur l'extradition du 23 décembre 1929), mais même en dehors de l'hypothèse d'extradition, les pouvoirs des autorités étrangères se trouvent en général soumis à un contrôle de la part des autorités répressives allemandes :

(1) Toutefois, en ce qui concerne le cas spécial de la remise d'objet, l'article 34, § 2, exige le respect des autres conditions de fond de l'extradition. Certaines sont assez critiquables et s'expliquent surtout par la persistance des tendances nationalistes du législateur allemand de 1929. (Voir notamment pour l'explication de la règle que l'on n'extrade pas ses nationaux les explications de M. Mendelsohn-Bartholdy dans : *Die Reform des Strafrechts*, op. cit., pp. 43 et suiv.)

1° En ce qui concerne les effets négatifs de l'autorité de la chose jugée :

La crainte que les juridictions étrangères n'assurent pas d'une manière suffisamment efficace les intérêts allemands, a fait supprimer le caractère obligatoire de la prise en considération de la condamnation prononcée et exécutée à l'étranger, lorsque le délit réprimé mettait en cause des intérêts dont la protection intéressait d'une manière particulièrement pressante la sécurité de l'Etat allemand (délits prévus par l'article 6), ou qu'il a été commis sur le territoire allemand.

L'article 154 *d* ne s'applique pas et la prise en considération de la condamnation étrangère ne peut résulter que de l'article 154 *c* et est par suite facultative.

Il semblerait même, faute de textes prévoyant cette hypothèse, que cette prise en considération soit impossible dans l'hypothèse d'un délit commis sur le territoire et réprimé à l'étranger. Cette solution n'est cependant pas certaine ; lorsque la condamnation à l'étranger a été rendue à la suite d'une extradition, il n'y a pas lieu à poursuite en Allemagne et l'on pourrait, peut-être, dans la plupart des autres cas, admettre la même solution. La prise en considération de la sentence étrangère ne serait en tous les cas que facultative, même s'agissant d'un délinquant étranger (1).

2° En ce qui concerne les effets positifs de la sentence :

Les pouvoirs publics se réservent le droit de subordonner à leur appréciation la reconnaissance de principe de la compétence de l'autorité étrangère. Les mesures d'éducation et de sûreté, la déchéance des droits civiques et politiques à la suite d'un jugement répressif rendu à l'étranger, ne pourront être décidées qu'à la suite d'un contrôle sur la manière dont a été rendue la sentence étrangère.

Il existe bien sans doute des hypothèses où la compétence des tribunaux étrangers ne dépendra pas de l'acquiescement des pou-

(1) Le système allemand est de ce point de vue beaucoup moins libéral que le système des articles 5 et 7 de notre Code d'instruction criminelle.

1° Les sentences rendues à l'étranger en matière d'exécution ou d'acquiescement sont toujours prises en considération lorsqu'il s'agit d'un délinquant étranger (art. 7, § 8, loi du 3 avril 1903) ; 2° Même lorsqu'il s'agit d'un Français, lorsque le délit a été commis à l'étranger, il n'y a aucune exception à la prise obligatoire en considération de la sentence étrangère (art. 5, § 4).

voirs publics. C'est le cas en ce qui concerne les délits de droit commun prévus par l'article 7 (délits de droit commun commis sur le territoire étranger, en dehors des hypothèses spéciales prévues par l'article 6). Dès que le délit a été poursuivi à l'étranger, il ne dépend pas des pouvoirs publics allemands de reconnaître ou non la compétence de l'autorité étrangère qui s'est prononcée. La réalisation et l'exécution du jugement à l'étranger rend rétroactivement indiscutable la compétence de l'autorité répressive étrangère, en dehors de toute appréciation d'opportunité, mais il ne s'agit pas d'une attribution rationnelle de compétence *ratione materiae*, la présence de l'élément d'extranéité dans l'activité pénale (le lieu étranger de commission du délit) n'a pas entraîné à elle seule la compétence du tribunal étranger. Il a dû s'y ajouter une considération de procédure, la priorité de la saisine du tribunal étranger. Il en est de même de l'autre hypothèse où une sentence étrangère de condamnation a, en Allemagne, des effets indépendamment de l'appréciation des éléments de fait par les autorités allemandes (hypothèse de l'article 78 du projet de Code pénal).

2) La méfiance à l'égard des autorités répressives étrangères a fait restreindre à l'excès ces conséquences attachées à leur activité. Les effets positifs accordés aux sentences étrangères visent exclusivement les conséquences secondaires de la sentence — mesures d'éducation et de sûreté de la première condamnation sur la circonstance aggravante de « *Gewohnheitsverbrecher* ». Ils ne s'étendent pas à l'exécution de la peine principale. La peine à laquelle un délinquant a été condamné à l'étranger ne pourra pas être exécutée en Allemagne, les autorités répressives étrangères ne sont admises à collaborer avec les autorités allemandes que par voie d'extradition. Or, nous avons vu les nombreuses conditions qui restreignent sa possibilité. Ici encore, la comparaison avec ce qui se produit en matière civile, où, réserve faite de la procédure d'exécution, tous les effets du jugement étranger peuvent se trouver réalisés sur le territoire, démontre que la tendance particulariste persiste dans une mesure beaucoup plus grande en droit pénal qu'en droit civil.

Bien plus, l'exécution à l'étranger ne sera jamais prise en considération en Allemagne que si elle a purgé totalement la culpa-

bilité de celui qui la subit. En cas d'exécution simplement partielle à l'étranger de la sentence étrangère, ou en cas de condamnation étrangère jugée insuffisante en Allemagne, celui qui a subi une peine à l'étranger, ne pourra pas en l'état actuel des projets allemands, réclamer en cas de nouvelle condamnation en Allemagne, que la durée de la peine qu'il a subie à l'étranger soit imputée sur celle qu'il devra exécuter en Allemagne. Le projet de 1927 au contraire du Code pénal de 1870 et des projets antérieurs à celui de 1927 (voir notamment l'article 8 du projet de 1913 et l'article 7 du projet de 1925) ne contient aucun texte prévoyant pareille imputation.

3) La vieille idée de l'indifférence de l'Etat à l'activité pénale des étrangers à l'étranger, a fait aussi introduire certaines dispositions qui ont renforcé le caractère irrationnel et nationaliste de la solution du problème de la compétence.

a) Les mesures de sûreté et d'éducation, l'application de la circonstance aggravante de « *Gewohnheitsverbrecher* » ne pourront être décidées à la suite d'un jugement répressif étranger, que si le délinquant est de nationalité allemande ; l'adage « *Interest rei publicae bonos subditos habere* » reste encore à la base des dispositions nouvelles ;

b) La compétence des tribunaux allemands eux-mêmes est soumise à une condition restrictive — l'autorisation du Ministre de la Justice en ce qui concerne les délits commis par les étrangers à l'étranger (Projet de loi d'introduction au Code pénal, articles 154 *b* et 154 *c*, alinéa *in fine*), exception faite seulement des délits visés par l'article 6, alinéas 5 et 6 du projet de Code pénal.

10. — B) La tendance particulariste s'affirme également dans les règles qui déterminent les formes dans lesquelles devront procéder les autorités répressives allemandes. Celles-ci exerceront, en principe, les pouvoirs qui leur sont confiés ; elles feront usage de leur compétence en se conformant exclusivement aux formes de procédure de la loi allemande. Ces règles seront, en principe, les mêmes que celles applicables aux délits ne contenant aucun élément d'extranéité.

Aux principes, les nouveaux textes apportent une double dérogation. Les articles 154 et 154 *b* formulent la plus importante : les délits commis par des étrangers à l'étranger ne pourront être poursuivis qu'après l'accomplissement d'une formalité supplémentaire, l'autorisation du Ministre de la Justice qui pourra toujours être révoquée. L'article 154 *b* du projet de loi d'introduction le décide pour les délits commis par un délinquant étranger devenu allemand postérieurement au délit ; l'article 154 *c*, pour la plupart des délits commis en dehors de cette hypothèse par un étranger. Exception est faite seulement des délits prévus par l'article 6, alin. 3, 4 et 5 (faux serment commis à l'étranger au cours d'une procédure dépendant d'une autorité allemande ; crimes, dits universels, de fausse monnaie et de traite des blanches).

L'exigence de cette autorisation s'apparente au principe d'opportunité consacré par le même article 154 *c*. Comme lui, elle est une survivance de la vieille idée territorialiste et réaliste de l'indifférence de l'Etat aux délits commis en dehors du territoire et surtout à ceux qui ont été commis par des étrangers.

L'article 154 *d*, alin. 3, formule la seconde exception de portée pratique beaucoup plus limitée. Dans l'hypothèse de délit commis à l'étranger, en dehors des hypothèses spéciales de l'article 6, les règles de la loi locale exigeant la plainte ou le consentement de la victime devront, en vertu de l'article 154 *d* du projet de loi d'introduction, être observées en Allemagne.

Cette disposition, de portée pratique très limitée — l'exigence d'une plainte ne se rencontre guère qu'en ce qui concerne les délits contre la personnalité — présente un intérêt théorique considérable. Elle ne consacre pas seulement la prise en considération d'un élément d'extranéité — lieu étranger de commission du délit — mais encore celle d'une disposition étrangère de procédure, ce qui est tout à fait exceptionnel.

Les dispositions de procédure étrangère, même en matière civile (1), sont dépourvues, sur le territoire, de toute efficacité. La procédure devant un tribunal est régie exclusivement, comme tout fonctionnement de service public, par la loi du législateur qui a institué le service. Cette loi fonctionnelle est ici la « *lex fori* »

(1) *Bartin, Principes de droit international privé*, t. I, 2^e partie, ch. II ; *Silz, Du domaine d'application de la règle locus*, 1^{re} partie, ch. III.

allemande. Cette disposition s'explique cependant assez bien, les délits auxquels elle s'applique, ceux prévus par l'article 7 doivent être incriminés par la loi locale pour pouvoir être poursuivis en Allemagne. Or, le but de cette disposition, le souci de la liberté individuelle qui explique, nous l'avons vu, le respect des exigences de fond de la loi locale pour l'incrimination du délit explique également le respect de l'exigence de la plainte de la victime.

Cette application exceptionnelle de la loi étrangère de procédure peut se rapprocher d'un assez grand nombre de situations se rencontrant en droit international privé où on assimile de très graves règles de procédure aux règles de fond du droit. La législation du divorce a fourni les plus importantes ; l'application de la loi nationale reconnue compétente en matière de dispositions de fond a été étendue, par certaines juridictions de différents pays, aux problèmes de la compétence judiciaire, en raison du lien étroit existant entre règles de fond et règles de procédure (1).

Dispositions de fond

11. — Les dispositions de droit pénal *stricto sensu* relatives aux délits contenant des éléments d'extranéité sont contenues dans les articles 5, 6, 7 et 8 du projet de Code pénal. Elles assimilent le plus généralement ces délits aux délits purement internes. L'extension de la possibilité d'une poursuite judiciaire en Allemagne à la presque totalité des délits de droit commun même dirigés contre les intérêts étrangers n'a pas amené les auteurs du projet à soumettre un régime spécial des délits contenant des éléments d'extranéité. Il en est ainsi alors même que le crime ou délit de droit commun s'apparenterait étroitement aux délits d'ordre politique, qui se trouvent, au contraire, — nous le verrons plus loin — soumis à un régime plus ou moins sévère selon le caractère national ou étranger de l'intérêt lésé par l'agent. Les différents crimes ou délits dont la réglementation s'inspire du souci de la protection de la puissance de l'Etat et du maintien de la morale et de l'ordre public, mais qui peuvent être poursuivis en Allemagne même lorsqu'ils ont été perpétrés à l'étranger, parce qu'ils ne sont pas

(1) V. notamment pour la France :

C. de cass. civ., 21, 5, 1905 ; — Darr., 1905, p. 519 ; — Bartin, *op. cit.*, p. 415 ; — Silz, *op. cit.*, 1^{re} partie, ch. IV.

alors des crimes politiques au sens de l'article 3, alinéa 2, de la loi sur l'extradition, c'est-à-dire les crimes et délits prévus aux sections 7 à 12, deuxième partie du projet, art. 118 à 191 (1) — crimes et délits contre les services publics et contre la puissance de l'Etat, atteintes à la paix publique et à la religion, faux serments — seront, en principe, punis des mêmes peines, qu'ils aient été dirigés contre un ordre étranger ou qu'ils l'aient été contre la puissance, les services publics, ou l'ordre public de l'Etat allemand. Spécialement, le crime de contrefaçon de monnaies étrangères se trouve assimilé par le projet de Code pénal, art. 214 a (1), au crime de contrefaçon de monnaies nationales, au contraire de la solution admise dans certaines législations étrangères, la législation française, par exemple, où la peine est plus faible quand les monnaies contrefaites ne sont pas des monnaies nationales (Code pénal, art. 132 et 133).

Les seules conséquences de la répercussion de la présence d'un élément d'extranéité dans l'activité pénale sur les règles de fond applicables à la répression se borneront, en matière de délits de droit commun, à la prise en considération des lois étrangères. Encore leur application est-elle soumise à un grand nombre de restrictions par suite de l'influence considérable en la matière de la tendance particulariste.

Nous allons le constater en examinant successivement les délits auxquels peut s'appliquer une loi étrangère, l'étendue de son application à leur répression et la détermination de la loi étrangère compétente.

12. — *Délits auxquels peut s'appliquer une loi étrangère.* —

Ces délits répondent à deux conditions :

1^o Ils doivent avoir été commis à l'étranger.

Les délits commis sur le territoire du Reich sont, conformément aux principes territorialistes, exclusivement soumis à la loi allemande, en vertu de l'article 5, alinéa 1^{er}.

(1) V. *Die Reform des Strafrechts Höppler*, pp. 253 à 270 ; — Kadocka, pp. 271 à 289.

(2) Le Code pénal de 1870 fournissait déjà la même solution (art. 146).

Le caractère formel du texte : « La loi allemande s'applique aux délits commis sur le territoire allemand », et les travaux préparatoires ne permettent aucune exception ; même en ce qui concerne le cas controversé de la détermination de la minorité pénale, la loi allemande devra être exclusivement consultée. Le délinquant, majeur d'après la loi allemande, et qui a commis un délit en Allemagne devra y être considéré comme majeur, quelles que soient les dispositions de son statut personnel.

2° Ces délits ne doivent pas rentrer dans les catégories prévues par l'article 5, alinéa 2, ou l'article 6. Tous les délits de droit commun, même commis à l'étranger, ne sont pas susceptibles d'être soumis à l'application de la loi étrangère.

Le Code pénal de 1870 avait exclusivement soumis à la loi allemande la plupart des délits qui, même commis à l'étranger, devaient exceptionnellement être poursuivis en Allemagne en raison du grave danger qui en résultait toujours pour l'Etat allemand, c'est-à-dire les crimes politiques et les crimes et délits commis par un fonctionnaire allemand dans l'exercice ou à l'occasion de ses fonctions.

Le projet de Code pénal en renonçant au « realsystem » a cependant maintenu l'application exclusive de la loi allemande pour la plupart des délits dont la commission même à l'étranger menace tout particulièrement les intérêts de l'Etat allemand. Il l'a fait même en matière de délits de droit commun. Non seulement il a soumis exclusivement à la loi allemande comme l'avait déjà fait le Code de 1870 les crimes et délits commis à l'étranger par un fonctionnaire de l'Etat allemand (art. 6, alin. 2), mais il a même étendu cette solution à d'autres délits de droit commun dont la commission même à l'étranger menaçait en raison de leur objet les intérêts allemands jugés essentiels.

Ce sont tout d'abord les crimes et délits dirigés à l'occasion du fonctionnement d'un service public contre un fonctionnaire de l'Etat ou d'un Etat allemand. Ce sont ensuite les faux serments prêtés à l'étranger à l'occasion d'une procédure dépendant d'une autorité allemande. Ce sont enfin les crimes dits universels de fausse monnaie et de traite des blanches et de mineurs (art. 6, alin. 4 et 5).

Le projet de 1927 a même étendu l'application exclusive de la loi allemande à des crimes et délits dont la commission menace, en

raison seulement du lieu spécial de leur commission, des intérêts allemands jugés dignes d'une protection spéciale.

L'article 5, alinéa 2 qui reproduit la même solution que les projets de 1919 et de 1921 décide l'application exclusive de la loi allemande aux délits commis même en dehors du territoire lorsqu'ils l'ont été à bord d'un navire allemand ou d'un moyen allemand de transport aérien.

Cette solution s'étend non seulement aux délits commis en zone internationale (délits commis à bord d'un bateau en pleine mer ou d'un avion ou aéronef en plein vol), mais encore aux délits commis à bord d'un de ces moyens de transport se trouvant en territoire étranger (délits commis alors que le moyen de transport se trouvait dans un aéroport étranger, un port étranger où les eaux territoriales étrangères, etc...).

Les projets antérieurs le déclaraient expressément : « La loi allemande, disait, par exemple l'article 4, § 2 du projet de 1925, est exclusivement applicable aux délits commis à bord d'un navire allemand ou d'un moyen allemand de transport aérien où que ceux-ci puissent se trouver. » Le texte de 1927 a été modifié dans sa forme pour dissimuler ce qu'une telle solution peut avoir de choquant. « La loi allemande, dit-il simplement, est applicable aux navires allemands et aux moyens allemands de transport aériens se trouvant en dehors du territoire. » Mais la solution est restée la même, l'exposé des motifs (2) le déclare expressément, et les travaux préparatoires, notamment le discours de M. Kahl à la Commission du Reichstag commandant cette solution (3). D'ailleurs, l'idée qui a dicté la disposition de l'art. 5 alinéa 2, le souci de la protection des intérêts allemands, ceux des compagnies de navigation en particulier, vaut aussi bien pour le cas où le moyen de transport se trouve sur un territoire étranger que pour celui où il se trouve en zone internationale.

Toutes ces dispositions nouvelles reproduisent d'ailleurs des dispositions plus anciennes.

Le Code de 1870 assujettissait déjà exclusivement à la loi alle-

(1) V. *infra*, page 308, note 3, les dispositions plus significatives encore des projets antérieurs et notamment du projet de 1913.

(2) Exposé des motifs, p. 8.

(3) Compte rendu officiel des séances de la Commission du Reichstag (3^e séance, p. 4).

mande la falsification de monnaies et les crimes commis à l'étranger par un fonctionnaire allemand dans l'exercice de ses fonctions (art. 4 n° 1 *in fine*) et à défaut de dispositions de ce code il en était en fait de même en ce qui concerne la répression de la traite des blanches par suite des différentes conventions internationales signées par l'Allemagne (1).

Quant aux dispositions relatives aux crimes et délits commis à bord d'un bateau ou d'un moyen de transport aérien allemand (article 5 § 2) aux crimes commis contre un fonctionnaire allemand dans l'exercice de ses fonctions, aux faux serments prêtés dans une procédure dépendant d'une autorité allemande (art. 6) elles sont calquées sur les dispositions analogues du projet de 1913 et sur les dispositions presque identiques des projets postérieurs de Code pénal.

Depuis 1913 les auteurs des projets allemands sous l'influence conjuguée de la conception envahissante de l'extraterritorialité des navires et de la statlichereale Auffassung (2) étendant la notion de territoire portant le pavillon allemand (3) et soumettant exclusivement à la loi allemande tous délits qui leur paraissent intéresser le fonctionnement des services publics allemands même lorsque ces délits sont commis à l'étranger par des étrangers (4).

Etendue d'application de la loi étrangère

13. — La loi étrangère n'est applicable qu'à la détermination des éléments constitutifs du délit. La détermination de la peine est en effet exclusivement soumise à la loi allemande.

Même en ce qui concerne les éléments constitutifs du délit, les effets de l'application de la loi étrangère sont limités :

(1) Voir l'exposé des motifs, p. 8, note 1, et les conventions internationales signées par l'Allemagne : Convention du 4 mai 1910, Reichsgesetzbl., 1913, p. 31 ; Convention du 30 septembre 1921, Reichsgesetzbl., 1924, D., p. 180.

(2) Voir sur cette théorie Hegler, *Prinzipien des Internationalen Strafrechts*.

(3) Projet de 1913, art. 3, § 2. Un bateau allemand vaut comme une partie du territoire allemand, alors même qu'il se trouve en pleine mer ou à l'étranger. Projet de 1919, art. 1^{er}, § 2. Projet de 1925, art. 4, § 2. Comparer la disposition de l'art. 4, § 2, du projet de 1911.

(4) Projet de 1913, art. 4, n° 4 et 7 ; projet de 1919, art. 4, n° 4 et 7 ; projet de 1925, art. 5. — Voir également projet de 1909, art. 4, n° 2 et le projet de 1911, art. 4, même numéro.

1° L'incrimination d'un délit par la loi allemande est une condition nécessaire, mais non suffisante de la possibilité de la répression. Le délit, pour pouvoir être puni par les autorités répressives allemandes, devra être simultanément prévu par la loi allemande et la loi locale étrangère. L'article 7, le seul texte qui prévoit l'application d'une loi étrangère, décide en plus de l'exigence de l'incrimination par la loi locale étrangère, l'application générale de la loi allemande à la répression du délit, donc aux éléments constitutifs.

« La loi allemande, dit-il, est applicable lorsque le délit est prévu par la loi du lieu de sa commission. »

2° L'article 7, alinéa 4, apporte même une autre restriction à l'exigence de l'incrimination de la loi locale. « L'incrimination par la loi locale n'est, dit-il, pas nécessaire lorsqu'au lieu de commission du délit il n'existe point d'organisation étatique. Encore ne peut-on guère parler d'exception, il n'y a pas ici, à proprement parler, de loi locale. Cette disposition ne fait du reste que reproduire une solution unanimement admise sous le régime antérieur. Le Code pénal de 1871 était muet sur cette difficulté, mais doctrine et jurisprudence s'accordaient pour adopter la solution de l'article 7, alinéa 4 (1).

3° Une autre exception beaucoup plus grave doit peut-être restreindre les effets de l'application de la loi étrangère.

On peut se demander si l'incrimination de la loi locale doit être exigée pour tous les éléments constitutifs du délit. Le caractère étroit du texte « le délit doit être incriminé par la loi locale », incline à penser qu'il n'est pas nécessaire de respecter les exigences de la loi locale relatives aux règles générales d'incrimination, celles notamment relatives à la minorité pénale. Un délinquant majeur d'après la loi allemande et mineur d'après la loi locale étrangère pourrait alors être condamné.

Détermination de la loi étrangère compétente.

14. — La loi locale étrangère du lieu de commission est la seule loi étrangère susceptible d'être appliquée. L'art. 7 qui ordonne la

(1) Begründung, p. 9.

prise en considération de la loi locale étrangère est le seul texte prévoyant l'application d'une loi étrangère. L'application, si naturelle pourtant de la loi personnelle, est donc complètement exclue, même en ce qui concerne les règles de capacité pénale. Cette solution que nous avons déjà constatée en ce qui concerne les délits commis en Allemagne vaut également pour les délits commis à l'étranger. Le caractère formel des textes et le caractère exceptionnel de l'application de la loi étrangère commandent cette solution.

En outre, lorsque des difficultés s'élèvent à l'occasion de l'application de la loi locale, sur la détermination du lieu exact où le délit a été réellement commis, la disposition de l'art. 8 peut encore aboutir à restreindre l'application de la loi étrangère.

Le délit, dit l'art. 8 du projet de Code pénal, doit « être réputé commis au lieu où se sont réalisés en totalité ou en partie les éléments constitutifs du délit et, en cas de tentative, à celui où le délit devait se réaliser dans la pensée du délinquant ». Or, cette règle est de nature à rétrécir encore l'application de la loi étrangère. Il est vraisemblable que le juge, libre en vertu de cette disposition, d'opter entre la loi du lieu ou tel élément constitutif s'est réalisé et celle du lieu où s'est réalisé un autre, choisira la loi allemande chaque fois que l'un de ces lieux se trouve sur le territoire allemand.

Comme le montre, en effet, la pratique dans tous les pays du Droit international privé et, notamment la théorie du Renvoi, les juges ont toujours tendance à appliquer leur propre loi parce qu'ils la connaissent mieux et, par suite l'on doit supposer que la loi locale étrangère n'interviendra que dans les cas où l'activité pénale s'est exclusivement localisée à l'étranger.

Même alors, l'article 8, alinéa 1 *in fine* fournit des hypothèses où la loi allemande est exclusivement applicable.

Un Français envoie, avec intention criminelle, un poison en guise de médicament, de Paris à Berlin. Sa tentative échoue et il est poursuivi en Allemagne pour tentative d'empoisonnement. Ce délit sera exclusivement soumis à la loi allemande quoi que l'activité pénale de son auteur se soit produite exclusivement dans un pays étranger. Il sera réputé s'être produit sur le territoire allemand par suite de la disposition de l'article 8, alinéa 1 *in fine* qui décide que la tentative est réputée faite au lieu où elle devait se réaliser dans la pensée du délinquant (1).

(1) Cpr. Mendelsohn-Bartholdy, *op. cit.*, p. 48, § 3.

Toutes ces règles sont, bien entendu, destinées exclusivement aux procès tranchés directement par les tribunaux répressifs allemands. Même au regard des pouvoirs publics allemands, elles ne s'imposent pas aux autorités répressives étrangères.

Les effets reconnus en Allemagne par différents textes aux jugements répressifs rendus à l'étranger ne dépendront pas de l'analogie des dispositions de droit international, dont les jugements ont fait application avec les dispositions des articles 5 à 8 du projet de Code pénal.

Cela est incontestable en ce qui concerne les effets obligatoires et automatiques des jugements étrangers. L'application de la circonstance aggravante de *Gewohnheitsverbrecher*, la prise en considération dans les hypothèses visées par l'art. 7 de la condamnation rendue et exécutée à l'étranger.

Des difficultés ne peuvent s'élever qu'en ce qui concerne la prise de mesures d'éducation et de sûreté à la suite d'un jugement répressif rendu à l'étranger. Même alors, il ne semble pas que le Tribunal allemand chargé conformément à l'article 154 g du projet de la loi d'introduction de vérifier si le jugement étranger réunit les conditions légales nécessaires, puisse exiger l'application par le Tribunal étranger de règles de droit pénal international analogues à celles du projet de Code pénal.

Section II.

Régime des délits politiques.

L'influence exclusive de la tendance particulariste, qu'on pourrait appeler ici plus exactement la tendance égoïste ou nationaliste, a donné une physionomie spéciale aux dispositions concernant la criminalité politique.

Elle a conduit à donner à l'ensemble des problèmes faisant l'objet du droit pénal international, des solutions différentes de celles que nous venons d'exposer.

I. Conditions générales d'incrimination.

15. — L'influence exclusive de la tendance particulariste a tout d'abord fait apporter une solution différente à la question de savoir s'il existait certains éléments d'extranéité dont la présence suppri-

merait le caractère répréhensible d'une activité pénale à l'égard des pouvoirs allemands.

Au contraire de la solution admise en matière de délits de droit commun où le caractère national ou étranger de l'intérêt lésé n'est généralement pas pris en considération, les nouveaux textes répondent avec l'opinion généralement admise, par l'affirmative : la possibilité de l'incrimination d'une activité d'ordre politique dépend du caractère national ou étranger de l'Etat dont l'activité litigieuse menace la sécurité, et en principe d'elle seule.

Si l'Etat menacé est l'Etat allemand, cette activité pourra être incriminée ; si l'Etat menacé est un Etat étranger, elle ne pourra pas l'être en principe. L'Etat allemand se refusera à collaborer à sa répression ; la poursuite en Allemagne sera impossible, la loi allemande ignorant un tel délit et l'extradition également. (Loi sur l'extradition, article 13 § 1 et 2.) (1).

La raison qui, en matière de délits de droit commun a amené les auteurs de la réforme à réprimer tous les délits même commis contre des Etats étrangers, la solidarité des Etats en face du danger résultant de la témibilité de récidivistes de toute espèce ne joue pas ici. La témibilité des agents, nous l'avons vu, plus haut, n'existe en général en matière politique, qu'à l'égard d'un Etat déterminé. Il n'y a qu'une exception, l'hypothèse où le crime ou délit dirigé contre l'Etat étranger en constituera un en même temps contre l'Etat allemand, en raison du danger qu'il présente pour les bonnes relations entre ces deux Etats. Encore cette exception est-elle plus apparente que réelle : le délit ne sera réprimé qu'en tant que délit commis contre l'Etat allemand et du seul point de vue des intérêts propres de celui-ci. Il en résultera en général un amoindrissement de la pénalité : La gravité objective du délit, qui sert de critérium exclusif pour la détermination de la peine, ne sera pas la même en effet. Le danger d'un trouble dans ses relations avec les Etats voisins sera en général moins grave que celui qui pourrait résulter d'un attentat dirigé contre sa propre existence.

(1) Le projet primitif admettait dans l'article 3, § 3 (ancien) qu'il pouvait cependant y avoir extradition quand l'acte, en raison de l'ensemble des circonstances, semble particulièrement odieux, mais cette disposition a été supprimée au cours des débats du Reichstag — et il faut s'en féliciter.

II. Règles spéciales applicables à la répression des délits politiques

16. — L'influence exclusive de la tendance particulariste a également abouti, en matière de délits politiques à un règlement spécial du régime répressif applicable aux délits incriminés en Allemagne. Le souci de la défense politique de l'Etat allemand a fait complètement assimiler, au point de vue de la répression, le délit contenant des éléments d'extranéité, au pur délit interne.

Tout au moins la plupart des crimes et délits politiques, ceux rangés dans le projet de Code pénal aux sections 1, 2 et 6 sous la qualification de « Hochverrat, Landesverrat, Vergehen gegen die Volkskraft oder die Wehrmacht », ont été soumis à ce régime draconien.

A) Tout d'abord, l'influence particulariste qui, en matière de délits de droit commun ne se traduisait que par une limitation de l'application des règles étrangères de droit pénal et de la collaboration des autorités répressives allemandes et étrangères s'est traduite, en ce qui concerne cette triple catégorie de délits politiques, par une mesure radicale, l'exclusion de toute application de la loi étrangère, et de toute collaboration des autorités répressives allemandes et étrangères. Ces délits seront exclusivement réprimés par les autorités allemandes d'après les seules règles du droit pénal allemand.

1) Les autorités allemandes seront exclusivement compétentes au regard des pouvoirs publics allemands, pour réprimer ces délits. Si l'auteur du délit se trouve en Allemagne et qu'on parvienne à l'arrêter, les pouvoirs publics ne pourront que l'expulser ou le faire poursuivre ; ils ne pourront pas l'extrader. Une demande d'extradition formulée par un Etat étranger en vue de le poursuivre ou de lui faire exécuter une peine déjà prononcée serait écartée. La loi d'extradition consacrant une pratique généralement admise mais non constante décide qu'aucune extradition ne peut être consentie en matière de délits politiques (article 3, § 1 et § 2).

La tendance particulariste est beaucoup plus marquée ici, qu'en ce qui concerne les délits de droit commun directement dirigés contre l'Etat allemand, ou la paix publique, comme par exemple les délits dirigés contre un fonctionnaire allemand dans l'exer-

cice de ses fonctions, car pour de tels délits, l'extradition peut en principe être accordée.

La compétence des autorités répressives allemandes est d'ailleurs si exclusive qu'aucun effet ne sera attaché en Allemagne à l'activité des autorités répressives étrangères.

Si l'auteur du délit a été antérieurement arrêté et jugé à l'étranger, et s'il vient postérieurement en Allemagne, le premier jugement y sera réputé inexistant.

Au même titre qu'en ce qui concerne les intérêts allemands qui mettent en jeu des intérêts essentiels (hypothèse prévue par le projet de Code pénal, article 6 § 2, 3 et 4), l'auteur du délit ne pourra, pour se dérober à la poursuite, invoquer l'impunité résultant nécessairement aux termes de l'article 154 d, d'un acquittement ou d'absolution prononcé à l'étranger ; ou de l'exécution ou prescription à laquelle il a été condamné à l'étranger. L'article 154 d du projet de loi d'introduction ne s'applique pas ici.

Le délinquant qui a été condamné à l'étranger et y a subi sa peine ne pourra pas davantage demander, en cas de nouvelle condamnation en Allemagne, que le temps pendant lequel il a subi sa peine à l'étranger soit imputé sur la durée de sa nouvelle peine. Nous avons vu plus haut que la disposition qui consacrait d'une manière générale le droit de décompte du temps de peine subi à l'étranger n'a pas été reproduit dans les projets actuels.

2) *Les crimes et délits politiques* seront réprimés par les seules règles du droit pénal allemand. La loi allemande s'appliquera non seulement à la détermination de la peine, mais comme en ce qui concerne les délits de droit commun prévus par le projet de Code pénal (article 6, alinéas 2, 3 et 4), aux éléments constitutifs du délit. Le législateur allemand a paru mieux à même que les Etats étrangers souvent hostiles ou indifférents, de déterminer ce qu'exige la défense de la sécurité de son état. L'incrimination de la loi locale n'est donc pas exigée ; peu importe le préjudice qu'en pourra ressentir l'auteur du délit. Le souci de la liberté individuelle qui a fait introduire la règle « *Nulla poena sine lege* » et l'exigence d'une incrimination par la loi locale sont étrangères aux yeux des auteurs de la réforme à la répression des délits politiques. L'intérêt de l'Etat en est le seul critérium.

B) Il y a plus : les règles que nous venons d'exposer ne font que reproduire des solutions admises par presque toutes les législations actuelles, et notamment par le droit pénal allemand encore en vigueur. Mais le projet contient d'autres dispositions qui accusent une recrudescence de la tendance particulariste.

La plupart des législations admettent sinon un tempérament au moins un palliatif aux dangers résultant pour la liberté individuelle de l'application exclusive de la loi nationale aux délits politiques. Elles contiennent certaines dispositions spéciales atténuant la sévérité de la répression lorsque l'activité pénale a été exercée à l'étranger, tout au moins lorsqu'elle y est le fait d'étrangers. Le Code de 1870, par exemple, n'admettait pas l'incrimination de plein droit, conformément à la seule loi allemande des crimes et délits politiques de gravité moyenne, les « Landesverrat ». Le « Landesverrat » commis par exemple à l'étranger par un étranger contre l'Etat allemand ne pouvait pas en principe être poursuivi en Allemagne. Il en était de même des crimes commis contre l'armée.

Le nouveau projet supprime cette restriction. « Les Landesverrat » et les crimes contre l'armée, les « Vergehen gegen die Wehrmacht oder die Volkskraft », sont assimilés aux crimes politiques les plus graves, les crimes de haute trahison, le « Hochverrat ». Ce n'est là d'ailleurs que la reproduction des dispositions des projets de 1913, 1919 et 1925 (1). Les projets n'admettent à cette assimilation juridique du délit purement interne et du délit contenant un élément d'extranéité, notamment le délit commis sur un territoire étranger, que deux restrictions de procédure.

1° L'action publique obéit à ce que les allemands appellent le principe arbitraire. Elle n'est que facultative pour les pouvoirs publics et, intentée, elle peut toujours être suspendue (Projet de loi d'introduction, article 154 a.).

2° Si l'action publique est dirigée contre un étranger, l'autorisation du Ministère de la Justice est indispensable (Projet de loi d'introduction, art. 154 c, al. 2). C'est là d'ailleurs une solution générale tenant à la nationalité du délinquant et indépendante de la nature du délit (Projet de loi d'Introd., art. 154 b et 154 c, alinéa 2 *in fine*). Cette autorisation peut toujours être révoquée.

(1) Projet de 1913, art. 4 ; projet de 1919, art. 4 ; projet de 1925, art. 5.

(Projet de loi d'introd. art. 154 b, alinéa 2 et 154 c, alinéa 2.)

On peut toutefois se demander s'il n'existe pas de véritables exceptions à cette organisation ultra-particulariste de la répression des délits politiques perpétrés à l'étranger contre l'Etat allemand. L'article 6, alinéa 1 du projet de droit pénal vise exclusivement les crimes et délits réprimés par les sections 1, 2 et 6 du projet de Code pénal (partie spéciale). Il ne s'applique pas par conséquent aux autres crimes et délits politiques, ceux qui sont réprimés en vertu des dispositions contenues dans les sections 3, 4 et 5 du projet de Code pénal. Les règles de procédure restent en principe les mêmes. Les auteurs des délits ne seront pas davantage susceptibles d'être extradés. Ceci résulte expressément de la combinaison des alinéas 1 et 2 de l'article 3 de la loi sur l'extradition. Les jugements étrangers rendus contre eux ou en leur faveur n'auront pas davantage d'effets obligatoires en Allemagne, mais le régime de droit pénal international sera tout différent au moins dans le cas où ils ont été commis sur le territoire d'un Etat étranger (1). Ces délits ne pourront alors être poursuivis en Allemagne que par application de l'art. 7.

L'incrimination du délit par la loi locale et la nationalité allemande du délinquant seront donc indispensables.

La première condition résulte expressément de l'alinéa 1 de l'art. 7, la seconde résulte implicitement de l'alinéa 3 du même article. Il décide que la poursuite dirigée en vertu de l'article 7 pour un délit commis par un étranger n'est possible que lorsque ce délit est, d'après son objet, susceptible d'extradition. Or, en vertu de l'art. 3 § 1 de la loi sur l'extradition, les délits d'ordre politique ne satisfont jamais à cette condition.

Mais le champ d'application de l'exigence de la nationalité allemande du délinquant et de l'incrimination par la loi locale est très restreint.

1° Tous les délits politiques commis à l'étranger et qui intéressent la sécurité de l'Etat allemand rentrent en fait dans les

(1) Il en sera autrement si le délit a été commis sur le territoire allemand. La loi pénale allemande est alors exclusivement compétente (Projet de Code pénal, art. 5, § 1).

catégories visées par les sections 1, 2 et 6. Les délits prévus à la section 4 « bei Wahlen und Bestimmungen » ne sont pas matériellement réalisables à l'étranger.

La plupart de ceux visés à la section V peuvent être incriminés par l'art. 6, alin. 1, dans la mesure où ils constituent à l'égard de l'étranger un « Hochverrat » ou un « Landesverrat », c'est-à-dire presque toujours. Il subsiste donc seulement ceux prévus par la section III. Or, les éléments matériels de ces délits ne peuvent guère être réunis à l'étranger. Le délit dirigé contre la personne du président du Reich ou d'une autre autorité du Reich ne pourra être matériellement réalisé à l'étranger que dans des hypothèses exceptionnelles.

2° Dans les hypothèses exceptionnelles où l'un de ces délits aura été commis, la double exigence résultant de l'article 7 se réduira à peu de chose. Elle est tout d'abord subordonnée à 2 conditions supplémentaires.

a) Le délit ne devra pas avoir été commis à bord d'un navire allemand ou d'un moyen de transport aérien allemand. Le délit pourrait alors être poursuivi indépendamment de la nationalité du délinquant et de l'incrimination de la loi locale en vertu de l'article 5 § 2.

b) Le délit ne devra pas avoir été préparé en Allemagne. Sinon dès que l'intérêt de l'Etat allemand l'exigerait, on pourrait le soumettre exclusivement aux dispositions de la loi allemande, indépendamment encore de la nationalité du délinquant et même de la loi du lieu réel de l'infraction ; en vertu de l'art. 7 § 2, il pourrait être réputé fictivement avoir été commis en Allemagne.

3° Dans les quelques hypothèses où la double exigence de l'art. 7 devra être juridiquement observée, elle sera en fait presque toujours remplie. Le délinquant sera de nationalité allemande et la loi locale incriminera le délit. Il s'agira en effet, en général, nous venons de le voir, de crimes et délits d'attentat contre une autorité du Reich ou d'un Etat allemand. Or, ce délit sera en général incriminé par la loi locale à titre de délit de droit commun (Injures ou coups et blessures par exemple).

Cette simple incrimination satisfera suffisamment à l'exigence de l'article 7.

TITRE II

EXAMEN CRITIQUE DE LA RÉFORME ALLEMANDE

Connaissant l'économie générale de la réforme, il nous est possible d'en examiner brièvement la valeur au double point de vue de la technique législative et des exigences de la politique criminelle.

Ses mérites

17. — Les qualités techniques de la réforme apparaissent de prime abord : ce sont celles qui sont inhérentes à toute réforme d'ensemble opérée d'après des directions générales précises : peu de lacunes graves et peu ou point de solutions contradictoires entre elles.

Peu de lacunes graves. On peut déduire instantanément des différentes dispositions que nous venons d'analyser la solution de la plupart des problèmes du droit pénal international.

De nombreuses difficultés dont la solution n'était jusqu'à présent que coutumière se trouvent désormais résolues d'une manière précise et explicite par les textes des différents projets. C'est ainsi que les dispositions du projet de Code pénal ont résolu au moins en partie deux ordres de difficultés que soulevait l'application de la loi du lieu de commission du délit et que le Code pénal actuellement en vigueur ne prévoit pas.

1° La détermination de ce lieu dans les hypothèses où l'activité pénale s'est déployée ou à exercé ses effets sur plusieurs territoires (art. 8 du projet de Code pénal).

2° Les conséquences de l'absence d'organisation étatique au lieu de commission des délits pour lesquels l'incrimination de la loi locale est en principe exigée.

Peu de solutions contradictoires entre elles : la réforme présente en effet au moins en apparence une remarquable cohésion. Ces auteurs n'ont point, nous l'avons vu, poursuivi simultanément des objectifs complexes et inconciliables entre eux ; ils se sont bornés à peu près exclusivement à la défense des intérêts nationaux et à la lutte contre les délinquants d'habitude ; les membres des asso-

ciations nationales de malfaiteurs surtout. Pour mieux y réussir, ils n'ont pas évité à subordonner à ce double but toutes les autres considérations : celles notamment tirées du système des libéralités individuelles et du prétendu caractère territorial de la souveraineté de l'Etat.

Cette cohésion a même été maintenue autant que possible dans les hypothèses ou en matière de délit du droit commun, la protection des intérêts nationaux peut contrarier l'efficacité de la lutte contre la criminalité de droit commun. L'une et l'autre peuvent bien avoir en effet des exigences contradictoires. Le souci de la protection des intérêts nationaux surtout lorsqu'on lui donne le caractère exclusif et la compréhension étroite que lui attache traditionnellement la tendance particulariste se concilie mal avec la recherche de la réduction de la témébilite des agents. La lésion d'un intérêt étranger peut contenir en effet la menace d'une lésion des intérêts nationaux. Les auteurs de la réforme se sont pourtant efforcés de concilier au moins en apparence les préoccupations contradictoires à l'aide d'une distribution rationnelle du champ d'application de leurs influences respectives. Réduisant l'une et l'autre de ces considérations à une même idée, celle tirée de la conception traditionnelle de l'Etat en Allemagne et d'après laquelle l'intérêt exclusif de l'Etat national serait — ainsi que l'admettait déjà les partisans du Real-système — le critérium dernier de la répression pénale. Ils ont seulement étendu en raison d'une compréhension élargie de l'intérêt de l'Etat allemand la place faite aux éléments étrangers en prenant en considération tous les faits qui se produisent à l'étranger, soit sous forme de délit, soit sous forme de jugement répressif, lorsqu'ils paraissent contenir une menace pour les intérêts allemands. Mais la défense exclusive de ces intérêts est restée à la base du système, et ses auteurs ont donné libre cours à la tendance particulariste pour toutes les autres règles, en accordant une prédominance presque absolue aux institutions et notamment à la loi nationale. Pénétrés d'une conception encore très étroite de l'intérêt national, ils n'ont pas cru nuire ainsi à la répression, jugeant au contraire les institutions nationales les plus aptes à assurer la répression pénale et la protection des intérêts allemands, avec le maximum d'efficacité.

Bien plus, la cohésion existe non pas seulement à l'intérieur du système de droit pénal international organisé par les nouveaux textes mais encore dans l'ensemble du système répressif allemand

organisé par la réforme qui embrasse aussi bien le droit interne que le droit international : *Dispositions de droit pénal interne et dispositions de droit pénal international* portent également la marque des mêmes influences, surtout en ce qui concerne la criminalité de droit commun. Nous avons vu en effet comment en cette matière l'idée directrice qui commande l'évolution contemporaine du droit national interne, la réduction de l'objet du droit pénal à la protection exclusive de la sécurité par le développement de la fonction de prévention individuelle de la peine, avait exercé une influence décisive sur l'élaboration du régime du droit pénal international. Nous avons vu notamment combien le sacrifice de la liberté individuelle aux besoins généraux de la sécurité et de l'intérêt de l'Etat avait été générateur d'importantes conséquences de droit pénal international. Ce parallélisme se rencontre même dans l'usage des considérations accessoires dont les auteurs de la réforme se sont exceptionnellement inspiré, en ce qui concerne notamment la place faite parfois au respect de la liberté individuelle.

De même, par exemple, qu'on a maintenu en droit interne l'exigence d'une constatation judiciaire de la transgression par l'agent des normes pénales objectives jusque dans la prise des mesures de sûreté, le projet de Code pénal continue fréquemment à exiger en droit international l'incrimination du fait par la loi du lieu de perpétration pour qu'il soit possible de condamner son auteur en Allemagne et exige également le respect par les autorités judiciaires allemandes de l'effet négatif de l'autorité de la chose jugée en ce qui concerne les sentences répressives rendues à l'étranger quelle qu'in-suffisante pourtant que puisse paraître la répression étrangère au regard de la protection des intérêts nationaux.

18. — La réforme allemande présente également de grandes qualités au regard de la politique criminelle. Certaines modifications qu'elles apportent au texte intérieur partent d'une conception très exacte des nécessités actuelles de la politique criminelle.

Tout d'abord, il convient d'applaudir sans réserve à l'élargissement quasi illimité de la liste des délits de droit commun qui quoique commis à l'étranger sont susceptibles d'être poursuivis sur le territoire et notamment de son extension aux délits commis à l'étranger par des étrangers. Ici, il faut surtout approuver l'abandon de la disposition de l'article 4 n° 2 du projet de 1909 et du projet de 1911 qui, subordonnaient d'une manière générale à la

nationalité allemande de la victime ou au caractère allemand de l'intérêt lésé la possibilité d'une poursuite en Allemagne, des délits commis par un étranger à l'étranger.

La théorie de la personnalité passive que consacrait cette disposition et qui inspire encore des travaux législatifs récents (1), n'est rien moins que monstrueuse...

Cette théorie semble impliquer tout à la fois que l'objet de la peine est la vengeance de la victime et que le rôle de l'Etat, en ce qui concerne les relations internationales d'ordre pénal est d'assurer la vengeance de ses ressortissants. Or, ce sont là des idées inadmissibles. Même du seul point de vue utilitaire cette théorie, comme tout le Real system dont elle dérive, est absolument injustifiable, puisque le délinquant de droit commun qui vient de léser un intérêt étranger, risque de nuire demain à un national.

Il convient d'approuver également la plupart des autres dispositions dictées par le souci de la lutte contre la témibilité des malfaiteurs internationaux, les dispositions de procédure internationale surtout, outre les avantages qui ressortiront de la mise en vigueur de la loi du 17 décembre 1929 sur l'extradition (2); il est certain que le large développement donné à la reconnaissance en Allemagne des effets de sentences répressives étrangères seront d'un grand secours dans la lutte entreprise contre les membres des associations

(1) Voir notamment l'article 11 du Code espagnol du dictateur Primo de Riveira et les différentes lois cantonales suisses, l'article 5 du projet de Code pénal suisse de 1918, le projet Rocco et la disposition désormais célèbre depuis l'affaire du *Lotus* de l'article 6 du Code pénal turc. Le législateur français lui-même en a fait une application isolée dans la loi du 31 mai 1924 sur la navigation aérienne. V. les justes critiques de M. Mendelsohn-Bartholdy, *op. cit.*, p. 41, et *Vergleichenden Darstellung*, t. VI, pp. 80 et suiv.

(2) Nous nous bornons ici, comme pour tout ce qui touche aux règles applicables à l'extradition, à renvoyer le lecteur à l'étude qu'a faite M. Donnedieu de Vabres du régime de l'extradition au chapitre VII de son ouvrage précité, à propos de la loi française du 10 mars 1927. La loi allemande du 23 décembre 1929, qui en adopte d'une manière générale l'économie, présente les mêmes avantages, exception faite de l'exigence supplémentaire de la réciprocité. Voir sur ce point et sur les inconvénients reprochés à juste titre à ce système : Donnedieu de Vabres, *De la réciprocité en matière d'extradition d'après la loi française du 10 mars 1927 et le projet allemand*, *Revue générale de droit international public*, 1928, et le commentaire précité de Mettfenberg avec les références qui s'y trouvent.

internationales de malfaiteurs. La possibilité d'appliquer en Allemagne, soit des mesures de sûreté soit en cas de condamnation postérieure, la circonstance aggravante de *Gewohnheitsverbrecher* à la suite d'une sentence répressive rendue par le tribunal étranger renforcent d'une manière très efficace la lutte entreprise contre la criminalité d'habitude. Bien plus, le contrôle exercé dans le premier cas par les tribunaux allemands, ouvre la voie à l'idée d'une procédure d'exéquatour des sentences pénales qui semble appeler à un grand avenir (1).

Certaines dispositions de droit pénal international méritent également d'être approuvées, notamment le règlement applicable aux crimes dits universels de traite des blanches et de fausse-monnaie.

L'exclusion des dispositions de la loi locale pour de tels crimes, et la possibilité de les poursuivre en toutes circonstances, permettra de faire réprimer ces crimes lorsqu'ils ont été commis avec la complicité occulte de la loi ou des autorités de l'Etat où le crime a été perpétré. Complicité trop fréquente lorsque les monnaies contrefaites ne sont pas les monnaies ayant cours au lieu du crime. Nonobstant la non incrimination par la loi locale, l'auteur pourrait être condamné en Allemagne en vertu des dispositions de la loi allemande exclusivement applicable conformément à l'article 6, alinéa 6, du projet du Code pénal. La répression sera même d'autant plus efficace que la peine susceptible d'être prononcée sera très sévère. Nous avons vu que s'inspirant d'un sentiment très élevé de la solidarité des Etats, le projet a maintenu la solution traditionnelle en Allemagne, de l'identité de la peine applicable à la contrefaçon des monnaies étrangères et des monnaies allemandes.

Le système allemand est bien supérieur sur ce point au système français de 1810 qui, revenant sur la solution de la loi du 2 février 1810, réprime moins sévèrement la contrefaçon des monnaies étrangères que celle des monnaies françaises.

Ses défauts

19. — Mais à côté des différents avantages qu'elle présente et de ses incontestables qualités techniques, la réforme projetée suscite de graves critiques.

(1) Cpr. les décisions de l'Institut international dans sa session de Munich (session de 1883).

Nous n'insisterons guère sur les défauts d'ordre technique et les petites imperfections de détail peu nombreuses et relativement peu importantes, eu égard à l'étendue de la réforme ; cela n'intéresse, en effet, qu'accessoirement le lecteur français. On en trouvera une énumération assez détaillée dans l'article que M. le Professeur Mendelsohn-Bartholdy a fait au début de la série d'études entreprises sur la réforme de 1925, sous la direction de Aschroth, et Kohlrausch (1). Nous nous bornerons à en signaler trois, qui nous paraissent particulièrement importantes.

1° La première a trait au problème si actuel de la détermination de la localisation des délits.

L'article 8 du projet de Code pénal décide que le délit est réputé commis en cas de délit consommé au lieu où se réalisent en totalité ou en partie les éléments constitutifs du délit, mais il ne fournit pas de solution pour le cas où précisément les éléments constitutifs du délits se sont réalisés sur plusieurs territoires. Or c'est là le cas pratiquement le plus important, l'article 8 ne fournit pas de solution. La lacune est grave, sans doute. Il peut alors paraître difficile d'établir pour ce cas un critérium général précis. Mais n'eût-il pas mieux valu confier franchement au juge le soin de localiser le délit d'après les intérêts de l'agent ou de la répression (2).

Quant à la deuxième disposition visant la localisation du lieu de la tentative, elle est non seulement inadmissible mais même contradictoire avec la précédente lorsqu'elle décide qu'une tentative pourra être punie en Allemagne alors qu'aucun élément constitutif de la tentative ne s'est réalisé sur le territoire allemand. Il suffit de supposer pour cela l'expédition en guise de médicament d'un poison, lorsque cette expédition a été réalisée avec intention criminelle. Si l'expéditeur n'atteint pas son but, il pourra être poursuivi en Allemagne, comme si le délit y avait été commis, alors pourtant qu'aucun élément constitutif du crime d'empoisonnement n'y a été réalisé.

2° Le régime de la procédure pénale internationale présente une grave lacune de détail que nous avons déjà signalée : l'absence de

(1) *Op. cit.*, pp. 46 à 50.

(2) Cpr. les observations critiques de M. Mendelsohn-Bartholdy, *op. cit.*, p. 48.

toute disposition légale réglant l'effet, en Allemagne, des sentences répressives rendues à l'étranger à la suite de faits délictueux commis en Allemagne.

3° Enfin, la disposition fondamentale de droit pénal international en matière de crime et délit politique, l'article 6, alinéa 1^{er}, du projet de Code pénal, qui décide l'application exclusive de la loi allemande aux Hochverrat et Landesverrat perpétrés à l'étranger, est rédigée d'une manière tout à fait imprécise et ambiguë; elle ne précise pas, en effet, quels sont les cas de Hochverrat et de Landesverrat qu'elle vise (comme nous l'avons admis), si ce sont tous les délits visés aux sections portant ce titre ou seulement les délits particuliers expressément désignés sous ce nom, soit dans l'une de ces sections, soit à la section 3 (1).

20. — Mais la réforme suscite surtout des critiques d'une toute autre nature tenant aux préoccupations qui ont inspiré ses auteurs : le souci exclusif de la sécurité et de la défense des intérêts nationaux jointe à la préférence instinctive que les auteurs de la réforme ont montré pour les conceptions et les institutions nationales ont abouti à un système hybride qui sacrifie les libertés individuelles et les droits des Etats étrangers sans arriver même à garantir la sécurité.

La recherche de la sécurité, l'efficacité notamment de la lutte entreprise contre les malfaiteurs d'habitude sont incompatibles aujourd'hui, en effet, avec la tendance particulariste ou ne peuvent du moins se concilier avec elle qu'en subordonnant beaucoup plus profondément que ne l'a fait la réforme, les préjugés nationaux aux besoins de cette lutte.

Envisageons successivement les critiques que suscite le système applicable à la criminalité de droit commun et le système applicable à la criminalité politique.

A) Critique du régime des délits de droit commun

En ce qui concerne tout d'abord la répression des délits de droit commun, il y a plus grave que les critiques de détail que nous venons de formuler.

Les idées mêmes qui ont inspiré l'ensemble de la réforme nous

(1) Mendelssohn-Bartholdy, *op. cit.*, p. 49.

semblent extrêmement critiquables. Exclusivement préoccupés plus ou moins consciemment de la protection des intérêts nationaux, subissant toujours l'influence d'idées théoriques traditionnelles et de sentiments de préférence pour les institutions nationales, ses auteurs ont sacrifié d'une façon presque monstrueuse la liberté individuelle et l'idée de justice sans pouvoir invoquer à leur décharge d'avoir contribué à assurer la sécurité ni d'une manière générale, ni même au point de vue des seuls intérêts allemands.

21. — Que la réforme allemande sacrifie d'une façon presque monstrueuse la liberté de l'individu et l'idée de justice cela résulte de l'analyse de ses principes directeurs et du détail de ses dispositions et en matière de procédure et quant à la réglementation de fond.

a) En ce qui concerne la procédure (1), le point de départ de la compétence respective des autorités allemandes et étrangères, quand il n'y a pas eu de sentence rendue à l'étranger et les règles tracées à l'action des autorités allemandes en présence d'une sentence répressive rendue à l'étranger, sont également déplorables à ce point de vue.

1) Sur le premier point, l'arbitraire qui, nous l'avons vu, préside à la concession de l'extradition et à l'introduction d'une poursuite devant les tribunaux allemands, est tout à fait contraire à la sécurité individuelle.

a) D'une part, en aboutissant à laisser planer l'incertitude sur le tribunal compétent, cet arbitraire accroît l'ignorance des individus, relativement à leur situation au regard de la loi pénale qui, en effet, en dépend très largement par suite de la diversité des règles de fond appliquées dans les différents pays.

6) D'autre part, l'exercice de ce pouvoir arbitraire par les organes auxquels il est confié risque d'aboutir très fréquemment à des attributions de compétence menaçantes pour la sûreté de l'individu.

(1) Nous entendrons désormais le mot de procédure au sens le plus large en y englobant, outre la procédure *stricto sensu*, tout ce qui touche à l'organisation des pouvoirs publics, à la compétence de leurs différents organes et à l'exécution de leurs sentences.

Il est en effet très à craindre que, par suite des préoccupations du milieu ambiant (1) et de leur caractère d'agents politiques, (ce pouvoir reste en définitive soit au Ministère de la Justice, soit aux membres du Parquet), ces organes ne saisissent trop souvent les tribunaux nationaux, bien qu'ils soient fort peu à même de juger équitablement certaines des affaires qui peuvent maintenant ressortir de leur compétence en vertu de l'article 7 du projet de Code pénal. Or les poursuites relatives aux délits commis à l'étranger contre la paix publique (2), les procédures qui ont pour objet exclusif ou principal l'application de mesures d'éducation et de sûreté à des étrangers risquent, notamment en ce qui concerne les mineurs étrangers, d'aboutir à des décisions peu équitables si elles sont confiées aux autorités locales allemandes.

II. — Les règles tracées à l'activité des autorités répressives allemandes en présence d'une sentence répressive étrangère sont peut-être plus défectueuses encore.

Non seulement elles aboutissent à la même insécurité pour l'individu par suite de la large place laissée ici aussi à l'« Opportunitätsprinzip », insécurité qu'augmente, ici également, le caractère politique des agents auxquels est confié le pouvoir de décision. Mais la liberté individuelle risque de plus de se trouver alors menacée de la manière la plus intolérable dans les nombreuses hypothèses où l'exécution d'une condamnation à l'étranger peut être dépourvue de toute efficacité en Allemagne. Nous avons vu en effet, que dès lors que la condamnation subie à l'étranger ne purge pas complètement la culpabilité du délinquant au regard des pouvoirs publics allemands, elle doit y être réputée nulle et non avenue. Cette atteinte à l'adage « *non bis in idem* » est d'autant plus grave que ces hypothèses seront très fréquentes.

Il ne s'agit, en effet, pas seulement du cas, très rare, où un individu condamné à l'étranger s'échapperait au cours de l'accomplissement de sa peine, se réfugierait en Allemagne et où, l'extradition étant pour une raison quelconque impossible, il y serait pour-

(1) Cf. Mendelssohn-Bartholdy, *op. cit.*, pp. 43 et suiv.

(2) Bien plus, lorsqu'il s'agit de délits commis par un Allemand, les tribunaux allemands pourront seuls être saisis, en vertu de la loi de 1929 qui interdit l'extradition des nationaux.

suivi, mais encore et surtout du cas très fréquent où la peine à laquelle l'agent a été condamné à l'étranger y a bien été complètement subie, mais a paru aux pouvoirs publics allemands qui ont un pouvoir d'appréciation souverain, insuffisante pour purger, à leur égard, la culpabilité de l'agent (délits commis à l'étranger contre certains intérêts allemands ou à bord d'un navire ou d'un moyen de transport aérien allemand, articles 5 et 6, ou d'une manière générale, délits commis en Allemagne).

b) Le régime applicable quant au fond, à la répression des délits contenant des éléments d'extranéité est également susceptible du fait de la prédominance accordée à la loi allemande interne, d'aboutir à des résultats injustes et par là même dangereux pour la liberté individuelle :

1° Et tout d'abord, l'application de la loi allemande aux règles d'imputabilité subjective, par exemple aux règles sur la minorité pénale. Cette application risque d'aboutir à une peine injuste ou tout au moins trop sévère, dans le cas où elle conduira à faire déclarer inajeur un étranger qui ne le serait pas d'après sa loi nationale. De même pour les règles sur la plupart des motifs justificatifs et les excuses légales et dans une certaine mesure sur les circonstances atténuantes elles-mêmes chaque fois que celles qu'édicté la loi allemande sont plus rigoureuses que celles qu'édicté le législateur du pays du délinquant. Les dispositions plus rigoureuses de la loi allemande ne sont alors vraisemblablement pas adéquates à la conformation psychologique du criminel en considération de laquelle sont précisément édictées les règles d'imputabilité subjective. Cette conformation étant fonction de facteurs géographiques et ethniques, l'existence et les caractères de l'intention criminelle que les règles d'imputabilité subjective ont pour objet de déterminer sont susceptibles de varier avec la nationalité de l'agent.

Mais l'application de la loi allemande, aux conditions objectives de la répression des délits commis à l'étranger (détermination des éléments matériels du délit, nature et montant de la peine), est, elle aussi, dangereuse : chaque fois, en effet, que la loi allemande se montre plus rigoureuse pour l'agent, on se trouvera en général en présence d'une sanction imméritée au moins en partie pour deux raisons :

D'abord, du moment que la loi du lieu où l'on a contrevenu à l'ordre public se montre moins sévère il est bien probable que la sévérité plus grande du législateur allemand n'a pas de raison d'être ; les exigences de l'ordre public varient d'une manière très sensible avec les lieux et les milieux où se déploie l'activité humaine et c'est le législateur du lieu où l'ordre public a été principalement troublé, le lieu de commission de délit qui est en général le mieux à même d'apprécier ces exigences.

En second lieu, l'individu qui a commis un délit à l'étranger risque de ne pas avoir eu idée au moment où il l'a fait de la sanction qui le menaçait, d'après la loi allemande. L'application de celle-ci est, par suite, contraire au principe que la connaissance par l'agent de la norme pénale est une condition indispensable à sa condamnation. L'agent qui a commis un délit à l'étranger ne pouvait en général ni se douter que la loi allemande lui serait appliquée, ni en connaître les dispositions.

Les solutions que nous critiquons ont naturellement un champ d'application considérable : elles valent pour tous les délits de droit commun commis à l'étranger et susceptibles d'être poursuivis en Allemagne, c'est-à-dire presque tous les délits de droit commun.

Les inconvénients signalés se rencontrent donc tout d'abord quant à la répression des délits visés aux art. 5, alinéa 2, et 6 du projet de Code pénal pour lesquels la loi du lieu de commission est systématiquement écartée.

Mais également pour les autres délits de droit commun, commis à l'étranger et poursuivis en Allemagne, sur le fondement de l'article 7, n^{os} 1 et 2, l'exigence de l'incrimination du délit par la loi du lieu de commission est tout à fait insuffisante à garantir efficacement la sécurité de l'individu ; en effet, la mesure de la peine est à ce point de vue un élément essentiel de la répression. On peut sans doute, comme l'a fait Binding dans un ouvrage justement célèbre : « Die Normen und die Uebertretungen », définir la norme pénale par les seules injonctions qui en résultent pour l'activité privée des individus. Cette définition présente un intérêt théorique capital en ce qu'elle permet de délimiter le domaine où l'individu cesse de se mouvoir dans la sphère de l'activité privée, même illicite, pour entrer dans celle de l'activité pénale. Mais elle est absolument dénuée de sens lorsqu'il s'agit de préciser du

point de vue psychologique le caractère de la norme pénale. La sanction dont une norme — pénale ou autre — est assortie constitue l'un des facteurs, nous dirions volontiers le facteur décisif de son influence sur l'activité des individus auxquels elle s'adresse. Et l'on ne saurait prétendre qu'un individu puisse justement être condamné en Allemagne à une peine bien supérieure à celle que prévoyait la loi du lieu de commission parce que la loi locale incriminant le fait qu'il a commis, il se trouvait suffisamment prévenu.

Bien plus, c'est même dans le cas d'une poursuite sur le fondement de l'article 7 que l'ignorance où l'agent pouvait se trouver du sort qui l'attendait en Allemagne, fournit un argument particulièrement impressionnant contre l'application de la loi allemande : quand l'agent, qui a commis un délit à l'étranger, est poursuivi sur le fondement de l'article 5, alinéa 2, ou de l'article 6, il avait des raisons de se méfier et de l'intervention des tribunaux allemands et de l'application de la loi allemande. L'article 5, alinéa 2, vise, en effet, nous l'avons vu, les délits commis à bord d'un navire allemand ou d'un moyen de transport aérien allemand. L'article 6 ne vise, en général, comme délits de droit commun, que des délits relatifs au fonctionnement des services publics allemands (1).

En outre, et c'est le dernier inconvénient d'application de la loi allemande, cette dernière peut même être exclusivement consultée à propos des délits visés par l'article 7, lorsqu'il n'y a pas d'organisation étatique au lieu de commission du crime. À l'examiner de près, cette disposition semble également très dangereuse. L'absence d'organisation étatique ne peut se rencontrer que dans des conditions où l'on ne saurait exiger sérieusement, même des Européens, qu'ils se soumettent à des règles aussi sévères que celles qui peuvent s'appliquer dans des Etats policés comme l'Allemagne et les autres pays européens (2).

(1) L'article 6 admet également l'application exclusive de la loi allemande à certains délits de droit commun d'ordre purement privé : les crimes dits universels de traite de blanches et de fausse monnaie, mais il est alors indispensable de ne pas prendre en considération la loi locale, parce qu'on ne saurait admettre que l'absence de dispositions de la loi locale aboutisse à laisser de tels crimes impunis. L'accord sur ce point semble général. Voir notamment Donnedieu de Vabres, *op. cit.*, p. 135 et suivantes.

(2) En ce sens : Mendelssohn-Martholdy, *op. cit.*, pp. 46 et 47. *Contra* : Begründung, p. 8.

22. — Les différents inconvénients que nous venons d'énoncer ne se trouvent pas compensés par les avantages qui pourraient résulter du nouveau système pour la sécurité, soit d'une manière générale, soit même du seul point de vue des intérêts allemands.

a) D'abord, ces solutions ne sont pas de nature à améliorer la sécurité générale.

1° Les condamnations dont nous venons de dénoncer l'injustice et les dangers pour la liberté individuelle sont, par là même, mauvaises pour la sécurité en général. Le scandale que des condamnations injustes peuvent provoquer partout où elles font sentir leurs effets émeuse le sentiment de la justice et de la répression qui reste un facteur important d'ordre et de moralité.

2° La préférence accordée aux autorités nationales risque, lorsqu'il s'agit de délits commis à l'étranger, de nuire à l'efficacité de la peine. Le pouvoir d'intimidation de celle-ci notamment est très affaibli quand elle n'est pas prononcée et subie à proximité du lieu où le délit a été commis et a produit du scandale.

b) Mais pas davantage la sécurité du seul point de vue de la protection des intérêts allemands. Règles de procédure et règles de fond sont, les unes et les autres, défectueuses à cet égard.

1° Cela est surtout vrai des règles de procédure. L'arbitraire et surtout l'« *Opportunitätsprinzip* » qui préside à cette organisation en matière, tant d'extradition que de saisine des autorités judiciaires allemandes et, qu'enfin, de reconnaissance des effets des sentences répressives étrangères, ne sont pas de nature à aider au succès des efforts tentés contre les malfaiteurs professionnels. L'incertitude qui résulte de cet arbitraire quant aux conditions de la répression affaiblit la valeur coercitive des mesures susceptibles d'être prises.

Bien plus l'existence même de cette répression en devient incertaine pour presque tous les délits contenant des éléments d'extranéité. La poursuite de la plupart de ces délits, notamment des délits commis sur le territoire étranger, est facultative : non seulement l'extradition, mais qui plus est, même au cas où l'extradition est refusée, la poursuite devant les tribunaux allemands n'est

pas une obligation pour les pouvoirs publics allemands, mais une simple faculté (1). Notamment s'il s'agit d'un étranger, il dépendra toujours du Ministère de la Justice d'autoriser ou non la poursuite.

Le caractère des autorités auxquelles est confiée la décision des appréciations de l'opportunité des mesures à prendre, notamment pour la poursuite en Allemagne, renforce encore les dangers du système, quant à la sécurité.

Ce sont à un degré plus ou moins accentué des agents de caractère politique, dépourvus de l'indépendance et parfois même de la hauteur de vue requise pour la tâche qui leur incombe ; ils risquent de se laisser guider par des sentiments d'un tout autre ordre que le seul souci des exigences de la répression, notamment par des considérations d'ordre diplomatique, quand ils ne s'efforceront pas simplement de donner satisfaction à une opinion publique peu éclairée ; l'on peut même craindre que, revenant aux catégories désuètes du Real-system, ils ne se préoccupent de la répression que quand le crime a lésé des intérêts allemands ou parfois quand ils semblent intéresser la sécurité allemande du fait de la nationalité allemande du délinquant (*Interest rei publicae bonos subditos habere*) et restent inactifs dans les autres cas contrairement, d'ailleurs, à l'esprit même de la réforme dont les auteurs, en édictant l'article 7, s'étaient rendu compte que l'impunité des autres délits était néfaste à la sécurité même des intérêts allemands. Si l'on tenait absolument à reconnaître un pouvoir discrétionnaire aux autorités allemandes, il fallait tout au moins confier exclusivement le soin d'apprécier l'opportunité d'une poursuite aux magistrats du siège, qui sont de toutes les autorités publiques les moins influençables et les plus aptes à apprécier les exigences de la répression en tenant compte des intérêts respectifs des individus et de l'ordre public.

b) Les dispositions de fond elles-mêmes ne semblent pas très propres à assurer la sécurité en Allemagne. L'élimination systématique de la loi nationale des délinquants étrangers risque, d'une manière générale en ce qui concerne le Statut des mesures d'éducation et de sûreté et particulièrement en ce qui concerne les mineurs, de

(1) Certains projets étrangers plus avisés rendent, au contraire, la poursuite devant les tribunaux nationaux obligatoire quand l'extradition a été refusée.

contrarier l'individualisation de la peine dont on a, à juste titre, fait en Allemagne, le pivot de la lutte entreprise contre les délinquants d'habitude.

Il y a plus : dispositions de procédure et dispositions de fond semblent devoir contrarier encore l'efficacité de la répression pour une autre raison qui, pour être indirecte, n'en n'est pas moins grosse de conséquences : la poursuite des malfaiteurs, leur soumission à un régime répressif efficace ne peut être assuré en Allemagne que si les autorités judiciaires, pénitentiaires et administratives des pays étranger prêtent un loyal concours aux autorités allemandes en accordant des extraditions, en procédant à des enquêtes sur place et en leur donnant des renseignements de tous ordres. Or, la mise en vigueur d'une réforme telle que la réforme allemande découragera ceux de ces pays qui seraient tentés de se prêter loyalement à l'expérience d'une telle collaboration.

Quel pays, par exemple, se souciera de livrer un de ses nationaux à un pays comme l'Allemagne où il ne trouverait devant les tribunaux aucune espèce de garanties. Des dispositions comme celles de l'article 5 notamment, qui, contrairement à tous les précédents, assimile les navires de commerce se trouvant dans les eaux territoriales étrangères ou dans un port étranger, à une portion du territoire allemand; comme celles de l'article 7 et celles qui les complètent, qui permettent, d'une manière générale, d'incriminer tous les délits commis à l'étranger, et de les soumettre à un régime analogue à celui des délits commis sur le territoire national (1), encourageront les autres Etats européens à aggraver l'attitude nationaliste qu'ils n'observent déjà que trop volontiers.

Non seulement ils exerceront chez eux la répression, au détriment des sujets allemands et de leurs intérêts à l'étranger, mais encore ils refuseront leur collaboration aux autorités allemandes et, par exemple, d'extrader les individus qui auront porté atteinte à des intérêts allemands même dans les hypothèses où le jugement

(1) Nous nous bornons au texte à citer les exemples les plus symptomatiques en matière de délits de droit commun ; mais on pourrait citer également toutes les règles de droit pénal international relatives à la répression des délits politiques ; leur caractère nationaliste encouragera l'égoïsme des Etats étrangers et réagira même sur les délits de droit commun. Mais nous en avons fait abstraction parce que nous nous limitons en principe à la critique du régime allemand de droit commun.

par les autorités judiciaires allemandes apparaîtrait particulièrement naturel et même nécessaire.

23. — Ni du point de vue de la liberté individuelle, ni du point de vue de la sécurité, la réforme allemande me paraît donc satisfaisante. Il ne pouvait en être autrement, étant donnés les idées et les sentiments qui ont inspiré ses auteurs. Les défauts que nous avons dénoncés en sont en effet la conséquence normale.

Nous allons le constater en envisageant successivement ces idées et ces sentiments.

Une première idée a exercé une influence considérable c'est l'idée directement inspirée du positivisme pénal, qu'il faut s'attacher à la lutte contre le danger constitué par les prédispositions criminelles des délinquants et notamment des plus dangereux d'entre eux, les malfaiteurs d'habitude, et subordonner toutes autres considérations aux besoins de cette lutte. C'est elle qui a contribué à donner à la réforme sa physionomie originale et qui en explique les innovations les plus importantes : l'extension de la possibilité d'une poursuite en Allemagne à presque tous les délits de droit commun (art. 7) et la reconnaissance de certains effets positifs aux sentences répressives étrangères.

L'influence de la tendance positive a sa part de responsabilité dans les défauts de la réforme allemande. Non seulement elle pousse, par suite de son fondement même, à sacrifier l'équité et les garanties de la liberté individuelle, mais, même du point de vue de la sécurité, elle tend à restreindre l'efficacité de la répression ; précisément parce qu'elle s'attache trop étroitement à la réalisation de cette sécurité, elle perd, en effet, de vue, l'importance de l'aide que les éléments moraux de la répression peuvent lui apporter. La confiance dans la justice de la répression, la fonction morale de la peine sont autant de facteurs décisifs d'ordre et de moralité, et partant de sécurité (1).

On pourrait songer à justifier l'influence de la tendance positiviste sur les dispositions de droit pénal international de la réforme en tirant argument de ce que cette influence ne semble guère avoir été moindre sur le régime des dispositions de droit pénal interne. On s'explique en effet aisément que les idées qui ont inspiré le

(1) Roux, *Prévention et répression*, notamment Introduction, p. VIII.

législateur sur le plan du droit interne lui servent à édifier son système de droit pénal international. Elles traduisent, en effet, la conception qu'il se fait de la manière dont il faut assurer la sécurité; et celle-ci se trouve intéressée, de toute évidence, à la répression des délits contenant des éléments d'extranéité. De même en droit international privé, on voit le législateur s'inspirer de considérations analogues en droit interne et en droit international. En matière civile et en matière pénale, l'identité de l'activité qu'on envisage sur le plan du droit interne et sur le plan du droit international — ici l'activité pénale, là, l'activité privée, explique l'harmonie des directions du législateur en droit interne et en droit international.

Mais ce n'est point là une justification : Le projet de Code pénal à la suite du large mouvement d'opinion qui s'était dessiné en Allemagne (1) a fait sur le plan du droit interne des concessions beaucoup trop larges aux solutions prônées par l'école positiviste. Le sacrifice de l'idée de garantie de la liberté individuelle qui en résulte peut susciter les plus légitimes inquiétudes ; et en étendant ces idées au plan du droit pénal international, les auteurs de la réforme n'ont fait qu'étendre le domaine où se fait sentir les dangers nés de la large adoption du point de vue positiviste.

S'ils s'étaient toutefois bornés au point de vue positiviste, le système aurait pu encore se défendre : la logique interne de ce système exige dans l'ordre international l'adoption d'un système très libéral : la détermination de la compétence des autorités des différents pays d'après les exigences de la répression, la collaboration la plus large des autorités nationales pour l'exécution des sentences rendues à l'étranger par les tribunaux reconnus compétents (2). Mais la réforme allemande est, on le sait, bien loin d'avoir fait cette attitude sienne ; ses auteurs ont été, en effet, nous l'avons dit, guidés par une autre tendance, complexe d'ailleurs, que l'on peut appeler la tendance particulariste.

24. — Nous l'avons constaté lorsqu'exposant l'économie générale de la réforme, nous nous sommes attachés à décrire la manière dont est assurée la répression des délits contenant des éléments d'extra-

(1) Le livre intéressant de Drost : *Das Ermessen des Strafrichters* marque peut-être une tentative de réaction.

(2) Chambon, *Les mesures de sûreté*, 3^e partie.

anéité, mais susceptibles d'entraîner une réaction d'ordre répressif de la part de l'Etat allemand, en montrant la place très large faite à la loi et aux autorités allemandes et la défiance montrée envers les institutions et les autorités étrangères.

Mais le moment est venu d'analyser de plus près le rôle de cette tendance particulariste et les conséquences qui en résultent, pour nous expliquer comment les auteurs de la réforme partis sur certains points d'idées très justes (1) sont arrivés à consacrer les solutions que nous avons précédemment dénoncées et qui font du système tout entier une construction critiquable du point de vue de la politique criminelle, et non viable.

La tendance particulariste en droit pénal ne consiste pas seulement, comme dans tous les autres domaines, en une préférence instinctive pour les choses nationales (2), elle ne pousse pas seulement comme en droit privé à écarter dans une mesure plus ou moins large les conséquences logiques de la solidarité des Etats, quant à la distribution des compétences législative et juridictionnelle entre les divers Etats; elle tend à faire de la préférence pour les choses nationales, la base de la construction du droit pénal international.

Les seuls intérêts dont le droit pénal devrait assurer la protection (et pour les particularistes contemporains, utilitaristes en même temps, la répression est uniquement un moyen de protéger des intérêts) seraient les intérêts nationaux. Le crime ne devrait pas être considéré comme un fait répréhensible en lui-même et à la répression duquel tout Etat doit participer, en quelque lieu qu'il se soit commis, quel qu'en soit l'auteur et qu'il lèse ou non directement ses intérêts nationaux. L'Etat ne devrait en connaître que s'il compromet un intérêt national et fonder sur cette seule préoccupation toutes les règles du droit pénal, tant de procédure que de fond.

(1) Voir ci-dessus, pages 320 à 322.

(2) C'est le sens propre du terme particularisme qui désigne une tendance de politique juridique. On entend parfois aussi par particularisme quelque chose de tout différent : on appelle particularistes des auteurs qui, sur le plan du droit positif, prétendent qu'il faut étudier les règles de droit international privé et pénal pour chaque pays distributivement, parce que précisément différentes d'un pays à l'autre. Il n'y a aucun lien logique entre ces deux idées. Particularistes dans le deuxième sens parce qu'en l'état actuel du droit positif les règles de conflit nous semblent varier d'un pays à l'autre, nous ne le sommes pas dans le premier sens.

Cette idée exerce traditionnellement une influence qui s'explique sans se justifier par le lien qui paraît unir les intérêts vitaux de l'Etat au fonctionnement du système répressif qu'il pratique. Elle avait joué autrefois un rôle important dans l'élaboration doctrinale et la consécration par le droit positif du système territorialiste. L'indifférence au délit qui avait été commis à l'étranger reposait dans une large mesure sur l'idée que ce délit n'ayant pas troublé l'ordre sur son territoire, l'Etat n'était pas *intéressé* à sa répression (1).

Elle constituait la base même des systèmes réalistes qui reposaient dans leur ensemble sur l'idée que l'intérêt national constituerait tout à la fois le fondement et la mesure de la réaction répressive de l'Etat (2). C'est elle encore qui a dominé l'élaboration du nouveau système allemand de droit pénal international. Comme les systèmes réalistes du passé, dont il n'apparaît par suite que comme une nouvelle forme, ce système repose sur l'idée que la répression a pour base et pour mesure la protection des intérêts nationaux. Sans doute, on pourrait songer à invoquer contre cette affirmation, les dispositions de l'article 7 qui autorisent la poursuite, en Allemagne, de la plupart des délits de droit commun, même commis à l'étranger par un étranger contre des intérêts étrangers. L'objection ne tiendrait pas ; ces dispositions reposent non pas sur un esprit international, mais sur une conception élargie, sous l'influence des idées positivistes de l'intérêt national allemand, sur l'idée que pour l'Etat allemand lui-même l'activité de l'individu qui a commis ces délits constitue un danger. La preuve en est fournie, et par les règles qui déterminent dans ce cas la poursuite devant les tribunaux allemands et d'une manière générale, par les règles qui déterminent quant au fond et à la procédure la manière dont l'Etat allemand assurera la répression :

1° Rappelons d'abord que la poursuite est une simple faculté et non une obligation, et que, d'autre part, le soin de décider la poursuite est remis à des agents de caractère politique.

2° Les règles soit de procédure, soit de fond qui déterminent la

(1) Donnedieu de Vabres, *Principes*, pp. 15 à 17, 19 et suiv., et surtout son *Introduction à l'étude du droit pénal international*, où l'auteur retrace les étapes de l'influence de cette idée.

(2) V. Donnedieu de Vabres, *Principes*, ch. III et les références indiquées.

manière dont la répression sera assurée trahissent le souci exclusif de l'intérêt national, par la place restreinte faite aux autorités et aux institutions étrangères: la préférence que contrairement nous, l'avons vu, aux intérêts évidents de la répression, les auteurs de la réforme ont marqué aux institutions et aux autorités nationales ne peut s'expliquer, semble-t-il, que par le souci exclusif de la protection des intérêts nationaux. Si les auteurs de la réforme n'ont fait véritablement confiance qu'à la législation nationale et aux autorités nationales, c'est parce que le législateur, le juge, les agents administratifs nationaux leur ont paru les plus à même de discerner ce qu'exige la protection des intérêts nationaux et les mieux disposé à en tenir compte.

La préférence instinctive que l'on a pour les choses nationales et la croyance innée à leur absolue supériorité sur les choses étrangères peut sans doute avoir aussi contribué à faire préférer les autorités et les institutions nationales. On en trouve un exemple frappant dans la manière dont l'exposé des motifs (1) justifie l'application exclusive de la loi allemande aux délits commis en toute circonstance à bord d'un navire allemand ou d'un moyen de transport aérien. L'exposé des motifs déclare que c'est dans l'intérêt des passagers qui, en s'embarquant sur un navire ou un moyen de transport aérien portant le pavillon allemand, ont pu compter sur la protection des lois pénales allemandes (2) ; il semble donc admettre implicitement la supériorité de la protection assurée par ces lois.

Mais étant donné l'étendue donnée à leur compétence, on ne peut y voir le résultat de cette croyance. Cette croyance est en effet visiblement injustifiable ; elle a pu tout au plus renforcer une tendance préexistante provenant précisément du souci exclusif de la protection des intérêts nationaux.

On s'est bien efforcé d'expliquer, au moins quant aux règles de fond, la faveur accordée aux institutions allemandes, à la loi de

(1) Begründung, p. 8.

(2) Il est à peine besoin de faire observer la faible valeur d'un tel argument. Même en admettant l'idée que la loi allemande assure mieux la protection des victimes éventuelles des délits commis à bord des navires et des moyens de transport aérien, on ne voit guère comment l'opinion de la victime pourrait servir de fondement à la détermination du champ d'application de la loi étrangère, dans une matière comme le droit pénal, où la protection des intérêts privés est tout à fait au second plan des préoccupations législatives.

fond allemand, tout autrement que par la préférence des choses nationales qui constitue la tendance particulariste.

Monsieur Mendelssohn Bartholdy a prétendu invoquer l'intérêt des délinquants eux-mêmes (1). Après avoir justifié l'application de la loi allemande par la complication et l'imprécision qui résulteraient inévitablement d'un système de conflits de lois, il va au-devant de l'objection qu'on pourrait tirer de l'existence d'un tel système en matière de droit privé en faisant observer que ces complications et cette imprécision déjà regrettables en droit privé sont absolument intolérables en droit pénal, puisque l'inculpé doit savoir exactement l'étendue de la répression qui le menace. L'argument ne porte absolument pas. Nous venons au contraire de voir que la nécessité de la protection de l'individu est une des principales raisons susceptibles de recommander l'application d'une loi étrangère. En effet, quand le tribunal est saisi, non en raison des éléments de fond de l'activité criminelle, mais uniquement en raison du lieu de l'arrestation du délinquant, l'application de la *lex fori* a pour résultat l'application d'une sanction que le condamné ne pouvait qu'ignorer au moment de la perpétration du délit.

Une dernière explication qui ne serait d'ailleurs pas une justification (2) et à laquelle on pourrait, il est vrai, songer, ne nous paraît pas davantage exacte : les règles où nous avons vu les plus graves applications de la tendance particulariste résulteraient comme celles sur les conditions générales d'incrimination et l'application de la circonstance aggravante de *Gewohnheitsverbrecher* de l'influence de la tendance positiviste. Les consécutions les plus importantes de l'*Opportunitäts-prinzip*, l'application de la loi allemande même si elle est plus sévère que la loi locale — la non-consideration des peines subies à l'étranger lorsqu'elles ne sont pas jugées suffisantes par les pouvoirs publics allemands s'expliqueraient par l'affirmation fondamentale du positivisme pénal — l'individualisation de la peine — et son corollaire nécessaire — le sacrifice de la liberté individuelle.

I

Mais en réalité, si la tendance positiviste a pu sur certains points de la réforme exercer une influence décisive (2), ici, elle

(1) *Op. cit.*, p. 44.

(2) Voir *supra*, p. 333 et 334.

(3) *Id.*, 288 à 291 et 295 à 297.

a pu tout au plus faciliter le sacrifice de la liberté individuelle à la tendance particulariste. Pour que l'explication par l'influence positiviste fût plausible, il faudrait en effet que l'on retrouve sur le plan du droit interne des sacrifices comparables de la liberté individuelle à la « *Spezialprevention* ». Or il n'en a pas été ainsi : la tendance individualisante a été beaucoup moins marquée : sur le terrain de la procédure, on a maintenu l'exigence préalable à la prise de toute mesure de sûreté et d'éducation d'une poursuite conforme aux règles classiques de la procédure criminelle et on ne retrouve nulle part l'intervention d'agents à caractère politique. Sur le terrain des règles de fond on a maintenu intégralement la nécessité de la connaissance exacte par le délinquant au moment où il s'agit de l'étendue de la menace qui pèse sur lui. La théorie de l'*état dangereux* n'a pas été consacrée. Notamment dans le cas de conflit de lois dans le temps, la peine prononcée ne pourra jamais être supérieure à celle prévue au moment de la commission du délit (article 4) ; or, nous venons de voir qu'au contraire en matière de droit pénal international, l'article 7 ordonne l'application de la peine prévue par la loi allemande sans permettre comme le prescrivait l'article 6 n° 3 alinéa 2 du Code autrichien, d'appliquer la peine prévue par la loi du lieu de commission du délit si celle-ci était plus légère (1). Enfin, le refus de prendre en considération la peine subie à l'étranger lorsqu'elle ne libère pas complètement le condamné ne peut s'expliquer par l'influence positiviste ; celle-ci n'aurait pu entraîner que la nécessité d'une appréciation concrète par les pouvoirs publics de l'efficacité de la peine subie à l'étranger.

Du reste, si les auteurs de la réforme avaient voulu édifier un système rigoureusement positiviste de distribution des compétences législative et juridictionnelle, ce sont de tout autres règles qu'ils auraient établi : le souci de l'individualisation de la peine entraîne logiquement une très large collaboration des diverses autorités

(1) Le système de l'article 7 du projet s'oppose par là radicalement à celui de l'article 40 du Code pénal autrichien de 1852. Cet article, que l'on a invoqué inexactement en Allemagne pour justifier l'article 7 par comparaison, autorisait bien d'une manière très large la poursuite des délits commis à l'étranger lorsque ceux-ci n'y étaient pas poursuivis, mais, à la différence de l'article 7, il prescrivait d'appliquer de la *lex fori* et de la *lex loci commissionis* la plus douce. Ce système a d'ailleurs été vivement critiqué par M. Donnedieu de Vabres, *op. cit.*, p. 188.

législatives et juridictionnelles nationales et notamment l'efficacité en principe des sentences rendues à l'étranger et peut-être même la suppression de principe de l'extradition (1).

L'examen des travaux préparatoires corrobore d'ailleurs l'impression que c'est le souci de la protection des intérêts nationaux qui explique la part faite à la loi et aux autorités allemandes.

Ils en contiennent l'aveu explicite pour les délits de droit commun visés à l'article 6. L'exposé des motifs justifie tout à la fois la compétence des tribunaux allemands et l'application de la loi de fond allemande quelles que soient les dispositions de la loi locale par l'idée que ces délits touchant les intérêts nationaux, il faut se défier des autorités et des institutions étrangères (2). Notamment, disent-ils, la protection des intérêts nationaux mis en jeu par cette catégorie de délits exige d'autant plus la protection exclusive de la loi allemande, qu'en raison du caractère allemand des intérêts lésés, l'Etat étranger se désintéressera de leur répression.

Ils sont à vrai dire moins explicites en ce qui concerne les délits visés à l'article 7. L'exposé des motifs est, en effet, nous l'avons vu, très sobre d'explications sur le fondement et l'objet de cette disposition capitale. Elle se borne à faire une allusion injustifiée et qui ne nous renseigne pas à la *Staatsvertretungstheorie*, mais l'attitude des différents partis politiques à son égard est beaucoup plus suggestive. Tandis que les représentants des partis de tendances internationales, communistes et sociaux-démocrates montraient les inconvénients des projets et multipliaient les contreprojets destinés à restreindre la compétence des tribunaux allemands et en même temps à l'instar du Code pénal autrichien de 1852 (3) à augmenter la

(1) Voir d'une manière générale, en ce qui concerne la théorie des mesures de sûreté, thèse Chambon, *Les mesures de sûreté*, 5^e partie, pp. 187 et 219, et nos observations, *infra*, p. 343.

Sur la question principale de l'extradition, cf. Maurice Travers, *Le droit pénal international*, t. III, p. 331.

(2) *Begründung*, p. 8. Voir également dans le même sens le discours du président Kahl (Compte rendu de la séance de la Commission du Reichstag, 4^e séance, p. 2).

(3) Art. 40 : « ...lorsque d'après la loi pénale du lieu où l'acte a été commis, la peine encourue est moins sévère (que la *lex fori*), il y a lieu de procéder d'après cette loi plus douce... »

place faite à la loi étrangère du lieu de commission, les représentants des partis de la droite et du centre se sont systématiquement refusés à les prendre en considération (1). La plupart étaient cependant bien conçus et leur adoption, même partielle, aurait abouti à réduire les plus graves des inconvénients pratiques que nous avons signalés (2).

Ce souci exclusif de la protection des intérêts nationaux s'explique évidemment par deux raisons.

D'une part la surexcitation des sentiments nationalistes qu'a provoqué la guerre se répercute nécessairement sur le terrain du droit pénal international, ainsi qu'on peut le constater par l'ensemble des travaux législatifs d'après-guerre en cette matière. Or, cette recrudescence du sentiment nationaliste semble avoir été particulièrement marquée en Allemagne en raison du mécontentement né des traités de paix. Il a gagné les esprits les plus libéraux, un passage que nous reproduisons textuellement de l'étude précitée de

(1) Voir notamment le compte rendu de la 4^e séance du Reichstag.

(2) 1^o L'amendement Rosenfeld-Lévy Moses, déposé au nom des sociaux-démocrates, écartait la deuxième disposition de l'article 7, mais les considérations libérales développées pour le défendre par le député Marum n'ont pas convaincu la Commission (Compte rendu de la 4^e séance, p. 2) ; 2^o Les efforts des communistes ont été plus vains encore, leurs projets ne semblent même pas avoir été discutés ; ils étaient d'ailleurs beaucoup plus radicaux et s'efforçaient de purger complètement les textes de la réforme de l'influence particulariste et du souci des intérêts nationaux : a) Ils proposaient la suppression complète des articles 7 et n'admettaient que dans des hypothèses exceptionnelles la poursuite des délits commis à l'étranger ; b) Ils établissaient, à l'aide d'une triple série de dispositions, un système général extrêmement libéral :

1^o Tout conflit de loi entre la loi allemande et la loi locale ou en cas de doute entre deux lois locales, devait se résoudre en faveur de la loi la plus douce ;

2^o Le juge allemand était en principe obligatoirement dessaisi à la suite de toute condamnation à l'étranger suivie d'exécution ;

3^o Quand, exceptionnellement, il n'en était pas ainsi, la peine subie à l'étranger devait, en cas de nouvelle poursuite, être toujours décomptée.

Ces dispositions résultaient notamment de l'amendement du député Alexander (textes annexes, n^o 12).

(1) Voir notamment les dispositions du projet Encco, celles du Code espagnol de la dictature (article 8) et les observations de M. Donnedieu de Vabres, *op. cit.*, Introduction, p. 1 et chap. VII.

(2) *Op. cit.*, p. 43.

Monsieur Mendelssohn Bartholdy est particulièrement symptomatique en raison de la haute personnalité de son auteur, le plus grand spécialiste allemand de Droit pénal international : « Il faut approuver également l'arrêt dans la voie de la consecration législative de la représentation réciproque des états sur le terrain du Droit pénal ; l'espoir d'un règlement légal et réciproque de l'extradition et de l'expulsion que je pouvais encore formuler dans le « *Vergleichendes Darstellung* », doit être abandonné en état de guerre et sous la domination du traité de Versailles. L'extradition d'un national autant qu'elle pouvait se justifier par la pleine réciprocité et les garanties suffisantes qui existeraient alors est devenu impossible depuis le traité de Versailles, aussi longtemps que l'on conservera le souvenir de ce temps. »

D'autre part, il constitue une application logique au domaine particulier du droit pénal d'une philosophie juridique très accréditée en Allemagne, d'après laquelle l'intérêt de l'Etat est tout à la fois l'objet et le critérium dernier du droit (1).

II

25. — Mais ces tendances rendent impossible l'élaboration d'un système répressif équitable et efficace.

En premier lieu, fonder un système répressif exclusivement sur la notion d'intérêt national, c'est, bien entendu, se condamner à sacrifier la considération de l'équité et de la liberté individuelle, sacrifice auquel conduit déjà en droit interne l'influence des tendances positivistes, mais c'est encore sacrifier en réalité la sécurité elle-même que l'on prétend assurer. Un système nationaliste de répression pénale est en contradiction flagrante avec le caractère international de l'activité délictuelle. Ce caractère exige impérieusement, d'une part la collaboration des Etats à l'œuvre de justice dans un esprit de solidarité et d'autre part, l'application à chaque délit, quel qu'en soit le juge saisi, d'un régime fondé sur la considération des éléments d'extranéité qui lui impriment une figure originale.

Bien plus, la nocivité de ces tendances augmente à mesure que le développement contemporain de la criminalité rend nécessaire de

(1) Voir sur ce point les travaux magistraux de M. Duguit dans les deux premiers tomes de son *Traité constitutionnel* et, du point de vue du droit pénal, les observations et les références de M. Donnedieu de Vabres, *op. cit.*, pp. 87 à 90.

faire une grande place aux mesures d'éducation et de sûreté, qui pour être efficaces suppose que l'on tienne compte de la race à laquelle appartient le criminel et une application permanente. Or, l'une et l'autre chose ne sont possibles que si l'on organise une collaboration loyale des autorités des différents pays à l'œuvre de répression. Particularisme et positivisme pénal sont des tendances inconciliables.

26. — Ces objections tirées des considérations d'après lesquelles en droit interne on apprécie la valeur d'un système répressif au point de vue de la politique criminelle, perdraient, il est vrai, de leur valeur, si l'on admettait, conformément à une manière de voir très répandue encore à l'heure actuelle, que tout rapport qui se meut dans la sphère internationale met en jeu les relations des états entre eux et que les problèmes qu'il soulève ne trouvent par suite leur solution que dans un appel à la trop célèbre théorie de la souveraineté.

D'après la plupart des auteurs qui se sont occupés de Droit pénal international tous, sans doute, n'expriment pas catégoriquement cette idée, mais leur raisonnement la suppose. (1) La souveraineté de l'Etat exclue en principe que l'on reconnaisse compétence tant aux lois qu'aux juridictions étrangères en matière pénale.

Pour ces auteurs, en effet, reconnaître cette compétence c'est comme l'admettait Mancini, (2) reconnaître la souveraineté de

(1) Cela résulte de deux faits. D'abord les auteurs affirment le caractère strictement territorial des sentences répressives et l'application du principe de la loi nationale, alors qu'à leurs yeux, la souveraineté est à la base des conflits de loi et de juridiction. V. les explications et les citations données plus loin.

Ensuite, de ce que, pour justifier les restrictions considérables qu'ils apportent ainsi à la loi et à la compétence des tribunaux étrangers, ces auteurs invoquent expressément la souveraineté et l'indépendance territoriale de l'Etat. Voir notamment Bartin, *Principes de droit international privé*, pp. 34 à 38 ; *Etudes*, pp. 221 à 216 ; — Gidel, *De l'efficacité extraterritoriale des jugements étrangers*, et surtout chap. I ; — Maurice Bernard, *Des conflits de souveraineté en matière pénale*, Introduction et les observations et citations du texte.

(2) *De l'utilité de rendre obligatoire les règles de droit*, Cl. 1874, p. 221, p. 285.

l'Etat étranger et s'incliner devant elle (1), la loi et la juridiction étant l'expression de cette souveraineté. Or, l'indépendance territoriale de l'Etat s'opposerait à ce qu'il le fit en matière pénale. L'on ne serait alors en présence que d'une seule souveraineté, celle de l'Etat sur le territoire duquel un problème répressif se trouverait posé ; partant, il n'y aurait pas lieu de reconnaître d'effets extraterritoriaux à la souveraineté étrangère, que celle-ci se soit manifestée sous la forme d'une loi ou d'une sentence répressive (2).

On aperçoit immédiatement que cette thèse implique l'affirmation d'une différence radicale entre la souveraineté en matière civile et la souveraineté en matière pénale. En effet, en matière civile, les auteurs n'hésitent point à déduire de la notion même de la souveraineté une large application de la loi étrangère et soit directement pour la connaissance des litiges, soit indirectement pour l'exécution des sentences, une compétence très étendue des juridictions étrangères. Or, en matière pénale, de cette même souveraineté ils tirent des solutions diamétralement opposées. C'est donc qu'à leurs yeux, la souveraineté n'a pas même contenu dans ces deux domaines.

Certains mêmes le proclament sans ambage : « nous sommes, écrit Monsieur Bartin (3), en matière privé et en matière de droit pénal, en présence de deux notions différentes de la souveraineté sous son aspect législatif et juridictionnel et c'est pour cela que le droit international privé se distingue nettement du droit pénal international et qu'il faut se garder de raisonner de l'un à l'autre. »

Cette thèse ne nous paraît pas acceptable. En réalité, les conséquences spéciales qu'on prétend tirer en matière pénale de la notion

(1) V. notamment dans la doctrine française : Bartin, *Principe*, surtout p. 174 ; — Pillet, *Principes*, ch. II et III, Les droits fondamentaux des Etats, §§ 4, 5 et 6 ; — Gidel, *op. cit.*, ch. I ; — Maurice Bernard, *op. cit.*, p. 7.

(2) Bartin, *Principe*, pp. 33 à 46 ; — Gidel, *op. cit.*, pp. 12 et suiv. « Nous étions donc fondé à dire — écrit cet auteur, p. 15 — que c'est en raison, en dernière analyse, du principe de l'indépendance des souverainetés qu'en règle générale l'on dénie, et à juste titre, l'efficacité extraterritoriale aux sentences répressives. »

(3) Bartin, *Principes de droit international privé*, t. I, p. 38.

de souveraineté nous semblent devoir être rejetées, et il n'y existe pas non plus de différence entre la notion de souveraineté en matière civile et en matière pénale.

Il semblerait d'après ces auteurs que le droit pénal intéressât particulièrement le pouvoir de l'Etat sur son territoire ; son indépendance territoriale attribut de sa souveraineté ; c'est ce qu'affirme, par exemple, Monsieur Bartin (1).

Mais quelle est l'idée qui se peut trouver à l'origine de cette conception ?

Il va de soi, encore qu'on ait parfois prétendu le contraire, que cela ne peut être du moins principalement pour la raison qu'au contraire du droit privé qui viserait essentiellement les individus, le droit pénal aurait pour objet l'instauration d'un certain ordre sur le territoire.

D'abord tel n'en n'est pas le but unique ; toute une partie de ces règles et en premier ligne les règles sur l'imputabilité subjective visent à la protection de l'individu et semblent édicter en fonction d'un certain idéal de justice absolu. Et si l'on objectait que ces règles ont pour but en dernière analyse d'instaurer l'ordre, on pourrait alors répondre qu'on en peut dire de même de toutes les règles de droit.

En second lieu, certaines règles de droit civil ont ce même objet. Ce sont les règles visées par l'art. 3 alinéa 2 du Code civil, sous le nom de règles de police et de sûreté (2), et notamment les règles sur la responsabilité civile. Or, les auteurs dont nous parlons n'entendent en aucune façon leur conception de la souveraineté en matière pénale aux infractions à ces règles (3). Sans doute ils

(1) « Le principe de l'indépendance territoriale de l'Etat serait, dit-il, engagé d'une manière beaucoup plus *profonde* en droit pénal qu'en droit privé. » *Op. cit.*, p. 34.

(2) L'on admet parfois que les règles de sûreté au sens de cet article ce sont précisément les lois pénales. Même en admettant cette thèse en faveur de laquelle l'on peut invoquer l'opinion de Pothier, il n'en résulte pas moins que les dispositions de police tout au moins sont *essentiellement* des règles de droit civil.

(3) La différence se rencontrerait même s'il s'agissait d'un système rigoureusement *territorialiste*, quelque importance qu'ait dans un tel système l'idée que la répression pénale est une mesure d'ordre. Sans doute la loi nationale ne s'appliquerait pas aux délits commis à l'étranger, puisque ceux-ci

reconnaissent que comme les règles de droit pénal, ces règles intéressent essentiellement le pouvoir de l'Etat sur son territoire mais ils en tirent des conséquences toutes différentes sur le plan du droit international ; ils n'en déduisent pas du tout l'exclusion de l'extra-territorialité de la souveraineté de l'Etat étranger ; bien au contraire, ils lui accordent des effets extra-territoriaux très étendus. Ils soumettent en effet, en général, les délits civils commis à l'étranger à la compétence législative et même le plus souvent à la compétence juridictionnelle des autorités de l'Etat du lieu de commission du délit (1).

La raison principale, c'est visiblement que pour ces auteurs le droit pénal est particulièrement lié aux intérêts fondamentaux de l'Etat. La répression n'a-t-elle pas, en effet, pour objet la protection des intérêts les plus essentiels à l'existence et à la force de la collectivité nationale et partant des intérêts fondamentaux de l'Etat, car, en vertu d'une théorie en quelque sorte classique, l'Etat est la personnification juridique de la nation (2) de ses intérêts particuliers (3) et par suite les intérêts essentiels de la Nation sont aussi ceux de l'Etat. Au contraire, le droit privé mettrait essentiellement

ne se trouveraient pas soumis au pouvoir de répression de l'Etat, mais on ne reconnaît pas réellement comme en matière de délit civil la souveraineté de l'Etat étranger. En effet, il faudrait alors admettre, comme en matière civile, l'exécution des sentences étrangères, ce que précisément cette doctrine ne veut pas faire.

Au reste, aucun partisan du système territorialiste, aucune législation s'inspirant de cette théorie n'a admis complètement la limitation du pouvoir répressif de l'Etat aux seuls délits commis sur le territoire.

(1) Cette compétence est du reste parfaitement justifiée. La compétence législative notamment. Il n'y a aucun rapport nécessaire entre le fait qu'une règle est édictée en vue de l'ordre territorial et le caractère territorial ou extraterritorial de son application. Si les partisans de la théorie des statuts s'y étaient souvent trompés, les critiques modernes ont fait depuis longtemps justice de cette erreur. Voir notamment Lainé, *Introduction à l'étude du droit international privé*.

(2) Esmein, cité par Hauriou, *Droit public*, 2^e édition, p. 304. Cpr. la définition d'Hauriou.

(3) Les auteurs dont nous analysons la doctrine sont visiblement fidèles à cette conception de l'Etat. Voir notamment Maurice Bernard, *op. cit.*, et surtout son chapitre I, consacré « à la théorie de l'Etat ».

en rapport non pas l'individu et l'Etat, mais les individus entre eux. L'Etat serait par suite intéressé à un moindre degré (1) et ceci expliquerait la différence radicale qui existerait sur le plan du droit international au sujet des conséquences et du contenu de la notion de souveraineté.

En effet, la souveraineté de l'Etat consiste essentiellement pour ces auteurs, qui se rattachent étroitement à la notion que s'en fait la théorie classique de l'Etat, en le droit pour l'Etat de faire respecter ses intérêts fondamentaux. En droit privé, ou ces intérêts fondamentaux ne sont pas directement en cause, l'Etat pourrait et devrait même — soit en vertu d'une obligation morale ou naturelle découlant de la communauté internationale et volontairement reconnue (2), soit en vertu d'une véritable obligation juridique découlant du droit des gens (3) — reconnaître la souveraineté de l'Etat étranger chaque fois qu'un rapport de droit relèverait en raison des éléments d'extranéité du pouvoir de cet Etat au regard de son territoire ou de sa population ; bref, de sa souveraineté. Il en serait différemment en matière de droit pénal puisque les intérêts fondamentaux de l'Etat sont directement et immédiatement en cause, ce qui entraînerait toutes les conséquences que nous avons imputées à l'influence de la tendance particulariste (4).

Non seulement l'Etat devrait établir son système de droit pénal international d'après la conception qu'il se fait des exigences de la protection de ses intérêts, mais encore il devrait l'assurer par ses

(1) Voir notamment Maurice Bernard, *Les conflits de souveraineté en matière pénale*, pp. 4 et 20 ; — Gidel, *De l'efficacité extraterritoriale des jugements répressifs*, chap. I. Comparer également Griotet, *De la chose jugée*, p. 226.

(2) Bartin, *Principes*, pp. 155 à 174 ; *Etudes, L'ordre public international*, pp. 217 à 228.

(3) Pillet, *Principes*, chap. III, et *Les droits fondamentaux des Etats*, § 4.

(4) Il est à peine utile de faire observer que cette coïncidence n'a rien de fortuit et que cette conception de la souveraineté de l'Etat — théorie de combat, selon la formule de M. Gény — ne s'est développée et imposée que par son accord avec la tendance particulariste. Elle vient d'ailleurs des publicistes qui l'ont, surtout en Allemagne, principalement édifiée en vue de certaines fins politiques, au premier rang desquelles étaient des tendances nationalistes. Et l'on connaît, du reste, les critiques si justifiées que M. Duguit a de ce point de vue adressées à la théorie classique de la souveraineté. *Traité de droit constitutionnel*, 2^e édition, t. I et II.

propres institutions et par ses propres moyens. La répression toucherait trop étroitement à la structure politique de l'Etat pour que ce ne soient pas ses propres organes qui en assument l'organisation législative et la mise en œuvre juridictionnelle. Dans la conception qui voit dans l'Etat la personnification juridique de la nation, la protection des intérêts essentiels de la collectivité nationale apparaît incomber par nature aux organes de l'Etat à la loi nationale et aux juridictions nationales.

Cette manière de voir se rencontre plus ou moins bien précisée chez la plupart des internationalistes, partisans en général de la théorie de l'Etat à laquelle nous venons de faire allusion.

C'est bien entendu le point de vue des partisans de la conception particulariste du droit international privé, généralement inclinés à l'extension de la compétence de la loi et des autorités nationales (1).

D'après Monsieur Martin, un des partisans les plus autorisés de cette conception, les concessions qu'un Etat consent à faire à la souveraineté des Etats étrangers ne saurait l'obliger à le faire « quand les litiges à l'occasion desquels on pourrait songer à lui demander de le faire, mettent en jeu des intérêts de caractère différent, dans lesquels le principe de son indépendance territoriale est engagé tout autrement qu'il ne l'est en matière de droit privé. C'est précisément le cas pour la poursuite pénale et pour la répression pénale des infractions. Son indépendance territoriale a naturellement des exigences plus graves, la notion de souveraineté va beaucoup plus loin » « Et il en résulte que les prérogatives de chaque Etat en matière de répression pénale empiètent le plus souvent sur son territoire et par la force des choses sur les prérogatives des autres » (2).

La notion de communauté internationale ne peut être entendue comme en matière de droit privé (3) et « la répression pénale des délits, qu'il s'agisse de la détermination de la loi applicable ou de la compétence de la juridiction appelée à statuer, a le caractère le plus strictement territorial » (4).

(1) V. pourtant *supra*, p. 335, note 1.

(2) *Op. cit.*, p. 34.

(3) *Etudes*, pp. 215 et suiv.

(4) *Op. cit.*, p. 478. Les études du même auteur sont peut-être plus caté-

Mais cette attitude est également celle de la plupart des partisans de la conception universaliste du droit international privé. Ce sont même eux qui ont souligné le plus fortement l'idée que la loi pénale met seule en rapport l'individu et l'Etat et les conséquences qui en résultent au sujet de la souveraineté. Monsieur Maurice Bernard notamment insiste sur cette explication du caractère spécial des conflits de souveraineté en matière pénale par cette différence spécifique du droit civil et du droit pénal : « à la différence de ce qui a lieu pour les lois civiles dans l'ordre des lois pénales, en cas de conflit, les souverainetés sont mises directement en présence. Cela tient à la nature même de la loi pénale : elle est, en effet, une loi réglant les rapports de l'Etat et de l'individu, une loi de défense sociale contre des attaques individuelles, en un mot, une loi des droit public. La souveraineté a un intérêt immédiat dans le conflit, elle est personnellement en cause ». M. Gidel recourt, lui-aussi, à des considérations analogues pour opposer la sentence répressive au jugement rendu en matière privée et en dégager une irréductible différence sur le plan du droit international. C'est, dit-il en substance, parce que la sentence répressive a trait à des intérêts publics et qu'elle releverait par suite davantage de l'idée de commandement que de l'idée de juridiction et qu'au contraire les jugements civils ou commerciaux touchent à des intérêts privés, que la reconnaissance de l'extraterritorialité porterait atteinte dans le premier cas seulement à la souveraineté de l'Etat (2).

goriques encore, au moins en ce qui concerne le problème de la compétence législative, p. 214.

« En droit pénal international, au contraire, il n'applique jamais que sa propre loi et il l'applique toujours comme loi normalement applicable au rapport de droit qui lui est soumis, parce que c'est pour lui la seule qui pourra la régir. Il s'agit, en effet, uniquement pour lui de savoir si le fait incriminé tombe sous le coup de sa loi pénale et, s'il y tombe, ce juge est tout à la fois compétent pour en connaître et tenu d'y appliquer les dispositions de sa propre loi pénale. En droit pénal, il y a toujours et nécessairement connexité de la juridiction compétente et de la loi applicable. »

Cpr. les affirmations analogues des jurisconsultes anglo-saxons cités par Gidel, *op. cit.*, pp. 11 et 12.

(1) *Op. cit.*, p. 4.

(2) *Op. cit.*, pp. 9 à 15. Cpr. les déclarations de M. Montluc à l'Institut de droit international, ann. 1902, p. 194 : « La loi pénale dérive du *ius imperii* et par suite son ressort doit cadrer avec la souveraineté territoriale. Une souveraineté ne doit pas empiéter sur une autre. »

Ces auteurs admettent bien d'autre part que, le respect des souverainetés les unes par les autres sur leurs territoires respectifs est un principe de droit, mais il n'en ont pas moins admis à quelque nuance près les prétendues conséquences logiques de la prédominance en matière pénale de la souveraineté de l'Etat (1), le critérium de l'intérêt exclusif de l'Etat (2), et, surtout, l'application de principe de la *lex fori* (3), et le caractère strictement territorial de sentences répressives (4).

Ils peuvent le faire car ils limitent plus ou moins explicitement la portée utile du principe du respect mutuel des souverainetés en proclamant que sur le territoire où il est investi du pouvoir de contrainte, l'Etat a le droit absolu de faire respecter les intérêts fondamentaux de son existence, car avant toute obligation internationale, l'Etat doit poursuivre sa fin propre (5) ce n'est là d'ailleurs qu'une conséquence d'un des corollaires de la théorie classique de l'Etat, la théorie annexe des droits fondamentaux des Etats au premier

(1) D'accord sur le principe, des auteurs varient beaucoup sur les conséquences exactes de cette formule. Voir notamment, au sujet des divergences existantes dans l'Ecole même de M. Pillet les opinions divergentes affirmées par le chef de l'Ecole. Note Clun. 1894, p. 163 et deux de ses disciples, M. Maurice Bernard, *op. cit.*, chap. I, et M. Gidel, *op. cit.*, Introduction et chap. I.

(2) Bernard, *op. cit.*, pp. 9 et suiv. et même, dans une certaine mesure, Pillet, *Principes*, n° 206 et note 1.

(3) Gidel, *op. cit.*, pp. 10 à 13 et les références. Maurice Bernard, *op. cit.*, et notamment « en droit pénal, à la différence de ce qui se produit dans l'ordre du droit privé, la question de compétence est inséparable de celle de la loi applicable : celle-ci emporte celle-là », p. 4, et même, sous une forme un peu ambiguë, Pillet, *Princ.*, n° 114, où l'éminent auteur accorde à la loi pénale de l'Etat une application extrêmement étendue en lui attachant simultanément le caractère de loi personnelle et de loi territoriale.

(4) Gidel, *op. cit.*, chap. I et la citation précitée *supra*, p. 349, de Montluc, *An. de l'Inst. de droit international*, 1902, p. 194 et les déclarations de MM. Pillet et Hugueney à la Société d'Etudes législatives, *Bull.* 1924, p. 493. Cpr. également Fiore, *Traité de droit pénal et de l'extradition*, p. 130 ; — Von Martitz, *International Rechtshilfe in Strafsachen*, p. 40. — *Contra* : les observations mêmes de M. Pillet dans sa note précitée.

(5) Gidel, *op. cit.*, pp. 14 et 15 ; — Maurice Bernard, *op. cit.*, p. 12 : « Le jour où il n'y aura plus à considérer que l'humanité c'est qu'il n'y aura plus d'Etats, mais tant que ceux-ci existeront il ne faut pas chercher leur fin ailleurs qu'en eux-mêmes », et la littérature juridique allemande, et surtout Jellinck, *Allgemeine Staatslehre*, t. I, pp. 562 et suiv.

titre desquels figure précisément le droit de l'Etat à sa conservation (1).

Cette thèse et l'argumentation dont on l'appuie nous apparaissent de tous points inadmissibles.

Certes l'Etat a en l'état actuel du droit international public le droit au sens juridique du mot, de ne reconnaître compétence qu'à sa loi et à sa juridiction nationale. Il n'existe pas sur ce point de règle qui vienne restreindre sa liberté en délimitant impérativement, en ce qui concerne tout au moins les délits de droit commun, les compétences respectives des Etats et en assurant une certaine compétence aux Etats étrangers. La diversité extrême des règles de compétence adoptées par les différents Etats d'une part, l'extension considérable des pouvoirs répressifs de l'Etat vis-à-vis des délits contenant des éléments d'extranéité d'autre part, paraissent prouver l'existence en droit positif actuel de cette liberté absolue des Etats que le célèbre arrêt du *lotus* semble d'ailleurs avoir consacré.

Mais ce droit absolu de l'Etat, il existe également en matière civile, en dépit de l'affirmation universaliste. Mais de ce droit il est libre de faire usage, il n'en a pas l'obligation juridique.

Doit-il le faire et se déclarer exclusivement compétent ? C'est une question qui ne relève plus du droit mais de la politique juridique, c'est-à-dire d'obligations morales ou d'intérêts : l'Etat a-t-il donc l'obligation morale de reconnaître compétence en matière pénale aux Etats étrangers ou a-t-il encore intérêt à le faire ?

Si l'on considère que l'Etat a pour fin suprême la protection de ses intérêts égoïstes, il est évident qu'on répondra négativement à la première question, mais nous ne pouvons pas accepter cette idée qui est plus ou moins explicitement à la base de conceptions classiques. Certes il n'a pas l'obligation juridique de prendre en considération les intérêts universels de l'humanité, mais il ne suit pas de là qu'il n'en ait pas l'obligation morale ; c'est cette obligation morale que les auteurs n'admettent pas quand de grands intérêts, ce qu'ils appellent les intérêts politiques de l'Etat sont en jeu, ce qui est pour eux le cas en matière pénale. Nous ne pouvons partager leur senti-

(1) Cf. Gidel, *Les droits fondamentaux des Etats*, cours de l'Académie internationale de La Haye, 1927, t. V, et les justes critiques de Pillet lui-même dans son étude sur les droits fondamentaux des Etats. Cpr. Bernard, *op. cit.*, pp. 20 et 21.

ment sur ce point ; pour nous l'Etat doit, autant que faire se peut, tenir compte de la solidarité internationale dans tous les domaines et pour toutes les questions (1).

Et d'ailleurs en dernière analyse, il ne nous paraît pas que l'Etat soit plus intéressé à la répression pénale qu'il ne l'est à la réglementation de l'activité privée. Celle-ci affecte tout autant la force politique du pays, même si l'on considère que l'Etat a un intérêt tout particulier à la lutte contre les crimes et les délinquants. Beaucoup de bons esprits reconnaissent aujourd'hui, que plus que la répression, c'est la lutte entre le milieu qui façonne le criminel qui a de l'importance (2). Or à cette lutte les règles de droit privé peuvent et doivent apporter une contribution très précieuse.

Au fond d'ailleurs et sur le terrain utilitaire lui-même, c'est une vue peu réaliste (3), bien que répandue dans toutes les branches du droit et particulièrement en droit public, que de rapporter à l'entité Etat les intérêts au fond individuels que protège le droit pénal comme d'ailleurs l'ensemble du Droit, et de les faire apparaître ainsi comme des intérêts politiques de la collectivité et surtout de conclure sur la base de cette transmutation et fiction à l'application nécessaire des lois nationales et à la compétence nécessaire des juridictions nationales.

Le voile déchiré, on ne peut démontrer, même si on se place au point de vue des intérêts communs des membres d'une même communauté politique (4), que les intérêts des individus exigent cette application et cette compétence, bien au contraire puisque, comme nous l'a montré l'examen critique du système allemand, la sécurité et la liberté individuelle exigent l'une et l'autre la solution inverse.

(1) Donnedieu de Vabres, *op. cit.*, Introduction ; — Pella, *La criminalité collective des Etats* ; — Saldana, *La justice pénale internationale*, cours de La Haye, 1927, p. 5.

(2) Roux, *Prévention et répression*.

(3) Cpr. les justes observations de M. Pillet, *Principes*, p. 266 : « La loi n'est rien d'autre qu'un moyen d'arriver à un but, etc... »

(4) V. ce que nous avons dit plus haut à ce sujet de la tendance particulariste et les observations de M. Pillet dans sa note précitée. L'opinion contraire ne résulte guère que l'influence de la tendance particulariste sous sa forme sentimentale.

Il n'est donc pas exact que l'Etat n'ait ni le devoir de donner compétence de principe à sa loi et à sa juridiction, ni intérêt à le faire. On peut même démontrer que son intérêt commande la solution inverse.

La conception que nous venons de critiquer n'est pas seulement fautive, elle est encore particulièrement dangereuse aujourd'hui.

Le développement de la criminalité internationale exige l'extension corrélatrice de la solidarité internationale et si l'on veut assurer la répression de tous les crimes qui, en réalité, touchent l'Etat, il faut entendre beaucoup plus largement l'intérêt de l'Etat. C'est ce qu'ont fait les auteurs de la réforme allemande, mais, alors, si l'on tient compte de l'idée qui précède, la compétence législative et juridictionnelle de l'Etat souverain devient extrêmement dangereuse.

Elle se justifiait assez bien dans le cadre du système territorialiste et quoique à un moindre degré dans le cadre des systèmes réalistes auxquels s'attachait autrefois la législation positive. Elle ne présentait en tout cas que des inconvénients moindres.

En effet, le système territorialiste n'incriminait, en principe, que les délits commis sur le territoire, parce que ceux-là apparaissaient les seuls à intéresser la souveraineté en raison du lien intime que la théorie classique établissait entre l'Etat et le territoire. Dès lors, la compétence exclusive de la loi et des autorités nationales apparaissaient, très souvent, naturelle puisque ce sont, le plus souvent, la loi et la juridiction du lieu de commission du délit qui sont les mieux qualifiés pour régir et juger le délit. D'autre part, chaque Etat avait dans ce système sa sphère de compétence exclusive, les Etats étaient donc sur le pied d'égalité.

Les inconvénients étaient déjà plus sérieux dans le système réaliste qui étendait le pouvoir de répression de l'Etat à certains délits commis en dehors de son territoire.

Toutefois, tant que l'on n'incrimina que les seuls délits commis à l'étranger qui touchaient d'une manière particulièrement étroite aux intérêts nationaux, ce système s'expliquait comme s'explique en droit international privé le système de l'ordre public international et celui de la révision-contrôle en matière d'exequatur. Ce sont des exceptions au règlement harmonique des intérêts respectifs des Etats tenant au fait que le sentiment de la solidarité des Etats n'est pas encore assez développé pour que le sentiment de

la protection des intérêts nationaux ne vienne parfois le contrarier. Et c'est, dans une certaine mesure, justifié.

Le lien qu'on établissait entre la souveraineté de l'Etat et le régime des compétences en droit pénal était pourtant déjà fort dangereux. M. Donnedieu de Vabres en montrait, récemment encore, les graves inconvénients pour la sécurité et la liberté individuelle (1).

Mais aujourd'hui, avec l'extension du pouvoir d'incrimination de l'Etat à presque tous les délits de droit commun, même commis à l'étranger, et le développement des idées positivistes, le système devient tout à fait abusif, puisque, d'une part, la répression de ces délits exige qu'on fasse une large part à la compétence des autorités du lieu étranger de la commission du délit et que l'efficacité des mesures d'éducation et de sûreté exigent la collaboration loyale des autorités des différents pays.

Les auteurs de la réforme allemande se sont, nous l'avons vu, refusés à en tenir compte. Au lieu d'accompagner l'extension du pouvoir d'incrimination de l'Etat au regard des délits commis à l'étranger et la large adoption des mesures positivistes de l'attribution aux autorités d'une large compétence législative et juridictionnelle, il ont plutôt diminué son domaine par rapport au Code de 1870 en restreignant encore l'application de la loi étrangère du lieu de commission (2) et en refusant de prendre en considération les peines subies à l'étranger lorsque, pour une raison ou pour une autre, l'exécution de cette peine n'avait pas, au regard des pouvoirs publics allemands, purgé complètement la culpabilité de l'agent; ce qu'admettait le Code de 1870 (art. 7). Mais c'est ainsi qu'il est arrivé à un système tout à la fois dangereux et inefficace.

La vérité est qu'il faut avant tout renoncer à cette théorie de la souveraineté.

Non seulement elle est déplorable du point de vue d'une saine méthode scientifique, puisqu'elle confond ce que l'Etat peut juridiquement faire et ce qu'il doit faire politiquement, mais encore

(1) *Op. cit.*, voir surtout pp. 56 et suiv., pp. 126 et suiv.

(2) Cpr. l'article 7 du projet et l'article 4, n° 3, § 2 du Code pénal de 1870. Cf. nos observations ci-dessus.

elle aboutira à mettre le législateur dans l'impossibilité d'atteindre les objectifs mêmes qu'il entend poursuivre et en première ligne, la sécurité. Et ce serait pire encore si les partisans de ce système étaient logiques. Si, en effet, ils appliquaient rigoureusement l'idée que la souveraineté de l'Etat implique, en principe, la compétence de ces lois et de ses juridictions et qu'elle est seule en cause en matière pénale, ils devraient conclure que les délits qui mettent en jeu les intérêts de l'Etat seraient soumis exclusivement à la compétence législative et juridictionnelle de cet Etat. Et comme, d'autre part, l'on tend à admettre aujourd'hui que tout Etat a intérêt à ce qu'aucun crime n'échappe à la répression, à ce que tous soient poursuivis, tous les délits de droit commun contenant des éléments d'extranéité seraient en tous pays assimilés aux délits purement internes, de quelque nature que soient ces éléments.

Résultat de toute évidence absurde :

1° *C'est, tout d'abord, contraire à la volonté même des législateurs nationaux.* Les éléments d'extranéité, que ce soit la nationalité étrangère ou le domicile à l'étranger du délinquant, que ce soit le lieu étranger de commission du délit, que ce soit enfin l'existence d'une intervention antérieure de l'autorité étrangère, modifient la manière dont l'activité criminelle doit être traitée au double point de vue des règles de fond, et les règles de compétence juridictionnelle, si l'on veut que soient atteints les objectifs que s'est tracé le législateur en droit interne.

Cela est, bien évident, du point de vue des règles de fond et ce que nous avons précédemment dit le montre assez, mais cela n'est pas moins vrai, quoique nous ayons moins insisté sur ce point — du point de vue de la compétence juridictionnelle. Il suffit de considérer l'importance que la plus ou moins grande facilité à se procurer les éléments de preuve la nécessité d'ordre psychologique de rapprocher le juge du lieu du crime et celle de faciliter la permanence du contrôle des pouvoirs publics — pour les mesures d'éducation et de sûreté a, au regard du législateur, en matière de compétence, juridictionnelle.

2° En outre si tous les Etats adoptaient cette manière de faire, on aboutirait à *l'anarchie complète*. Tout délit contenant des éléments d'extranéité apparaîtrait alors relever en toute circonstance

ces de la compétence des juridictions et des lois de tous les Etats intéressés (1).

27. — Il faut revenir à une conception plus exacte de la souveraineté qui tend d'ailleurs de plus en plus à s'imposer (2) et d'après laquelle la souveraineté est uniquement l'absence de toutes règles obligatoires venant limiter la liberté de l'Etat. Ainsi entendue la souveraineté ne subit aucune atteinte du fait de l'application de la loi étrangère ou de la compétence reconnue à une juridiction étrangère, puisque sur le territoire de l'Etat cette application ou cette compétence résulte de la volonté même de l'Etat. Ce n'est que s'il était obligé, par une règle supérieure, de reconnaître cette compétence que sa souveraineté serait en cause (3) et nous

(1) Les plus logiques des auteurs dont nous avons critiqué la doctrine n'ont pas manqué d'ailleurs de s'apercevoir du caractère anarchique des conclusions auxquelles ils aboutissent. M. Martin notamment. Non seulement l'éminent professeur reconnaît que la souveraineté de l'Etat telle qu'il la conçoit en matière pénale aboutit à empiéter sur les légitimes prérogatives des autres Etats (*Princ.*, p. 36), mais encore il concède expressément dans ses études p. 215) « qu'il y a en droit pénal international autant de lois et de peines différentes applicables à un même délit qu'il y a de juridictions différentes qui en peuvent connaître ».

Certains auteurs se sont même efforcés d'en fournir une justification théorique en arguant du fait que le rapport du droit public dont le rapport de droit pénal ne serait, d'après eux, qu'une variété, serait incertain et changeant de par sa nature. Il ne faudrait point, par suite, s'étonner de voir un même rapport régler d'une manière différente dans les différentes souverainetés. Gidel, *op. cit.*, p. 12. Ce n'est point ici le lieu de démontrer d'une manière approfondie le caractère inadéquat d'une telle argumentation ; bornons-nous à faire observer que la distinction qu'on prétend ainsi établir entre droit public et droit privé est absolument inexacte en fait et repose sur la conception de la théorie juridique de l'Etat que nous avons rejetée au texte en raison de son caractère artificiel (Voir *supra*, p. 352. Comparer sa réfutation dans Duguit, *op. cit.*, t. I, pp. 522 à 536 ; — Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, pp. 80 et suiv.).

(2) Kelsen, *Das Problem der Souveraineté und die Theorie des Völkerrechtlichgemeinschaft*. Sur l'application de ces idées à la théorie générale du droit international privé, V. Introd. à notre thèse précitée.

(3) Cf. Pillet, *De la déchéance paternelle en droit international privé*. Cl. 1892, p. 16, note 2 : « La souveraineté s'oppose à ce qu'un jugement produise de plein droit ses effets à l'étranger, mais elle ne s'oppose pas à ce qu'il en produise du consentement du souverain intéressé. »

avons vu qu'il n'en était pas actuellement ainsi pour le droit pénal — abstraction faite de quelques conventions internationales, encore très rares.

Ce n'est pas tout : De cette souveraineté il faut que l'Etat fasse un usage convenable ; il doit rejeter l'idée que la distribution des compétences doive se fonder exclusivement sur les intérêts de la collectivité nationale et surtout l'idée que le souci de ces intérêts entraîne, en principe, la compétence de sa loi et de sa juridiction, sauf à y apporter des exceptions très limitées.

Il doit s'efforcer de régler les compétences en ayant en vue essentiellement de donner satisfaction aux mêmes besoins que le législateur a pris en considération pour régler la même activité sur le plan du droit interne.

C'est ce qu'on a pas hésité à faire en matière de droit privé. Sans doute un certain nombre d'auteurs persistent à expliquer le jeu des règles de droit international privé par la reconnaissance de la souveraineté des Etats étrangers. Mais c'est là une conception inadmissible et en contradiction avec les données les plus certaines du droit positif (1). Le droit international privé ne repose nullement sur le respect volontaire ou obligatoire des souverainetés étrangères intéressées dans le litige mais, en principe (2), sur l'idée d'attribution de compétence à la loi et à la juridiction (3)

(1) Nous avons ici essentiellement en vue le droit français et le droit allemand, mais il nous semble que cette formule peut s'appliquer à la plupart des pays de l'Europe continentale. Pour le droit américain, cpr. Kuhn, *Le droit international privé aux Etats-Unis*, ch. I, II et III.

(2) En principe seulement d'autres considérations interviennent à titre accessoire, notamment la persistance occasionnelle de la notion classique de la souveraineté, des considérations d'ordre diplomatique et surtout le souci de la protection des intérêts nationaux (Voir surtout à ce sujet Martin, *Etudes*, et J. de la Morandière, préface à thèse Battifol, *La condition des étrangers en France*).

(3) Cette idée comporte cependant sur ce point d'importantes réserves. L'évolution en ce sens est d'une manière générale moins marquée qu'en matière de compétence législative en partie sans doute à cause du caractère de droit public des règles relatives à l'organisation des pouvoirs judiciaires. Cela est particulièrement marqué en France, soit qu'il s'agisse de l'exécution des sentences étrangères, soit surtout qu'il s'agisse de la connaissance directe des litiges par les tribunaux nationaux. Mais ceci s'explique en grande partie dans notre pays par des raisons d'ordre historique qui sont

les plus propres à favoriser les objectifs que le législateur a eus en vue dans le règlement de l'activité privée (1). C'est, d'ailleurs, une idée qui tend de plus en plus à se faire admettre en doctrine pour les conflits de compétence législative, tout au moins.

venues s'ajouter à la raison générale plus haut indiquée : alors que la jurisprudence française s'est trouvée en matière de compétence législative investie d'un pouvoir prétorien très étendu par suite de l'insuffisance des textes et de l'article 3 notamment, les dispositions précises et d'ailleurs malheureuses des articles 14 et 15 ont, pour la discrimination de la compétence respective des tribunaux français et étrangers, obligé la jurisprudence à sanctionner les erreurs de conception du législateur de 1804 ; elle tend d'ailleurs de plus en plus à réagir pour autant que ces textes le lui permettent (Voir Martin, 2^e partie, *Princ.*, chap. I, pp. 307 à 401. Pour le droit allemand, voir Walter Simons, *Le droit international privé allemand*. Cours de La Haye, 1927).

(1) En fait, d'ailleurs, il faut reconnaître qu'en matière de compétence législative tout au moins, on déduit à peu près les mêmes conséquences de droit international privé, car les partisans de la première admettent l'existence en matière civile d'une communauté internationale et sont ainsi conduits à reconnaître en général compétence à la loi que désigne le but de l'institution envisagée, mais leur théorie nous apparaît néanmoins mal cadrer avec les données du droit positif :

1^o Le souci de favoriser les objectifs poursuivis en droit interne exige, en effet, dans certains cas que l'on ne donne pas compétence à la loi que désigne le but de l'institution mais, comme nous avons essayé de le montrer dans notre ouvrage précité, à l'occasion de la règle *locus regit actum* et de l'autonomie de la volonté, à donner compétence à la loi désignée par un autre objectif d'intérêt privé. La présence d'un élément d'extranéité modifiant l'importance relative des considérations en présence. Or, dans ces cas, d'autant plus importants que les solutions admises ont un domaine d'application considérable et présentent une fermeté particulière, on n'hésite pas à rejeter le critérium du but.

2^o L'application de la théorie générale du droit international privé à certains types de conflits de loi à caractère non international montre que l'idée d'obligation internationale des Etats les uns à l'égard des autres est en principe étrangère au système des conflits de lois et de juridictions en matière civile.

Si l'on tient à l'idée d'obligation de l'Etat, tout ce qu'on peut admettre — et c'est tout différent de ce que les auteurs entendent par obligation internationale — c'est l'idée d'une obligation purement morale s'imposant à chaque cas d'envisager en principe les rapports de droit contenant des éléments d'extranéité sans hostilité systématique à l'égard des institutions et des autorités étrangères. Comparez l'introduction à notre ouvrage précité.

« Si un législateur dans un cas donné, écrit M. Renault (1), prescrit à ses juges de tenir compte d'une législation étrangère pour le règlement d'un rapport de droit..., c'est parce qu'il pense que dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, cette législation convient le mieux pour le rapport de droit dont il s'agit. » M. Lainé et M. Donnedieu de Vabres affirment plus précisément encore que c'est parce qu'il estime que les lois étrangères satisfont mieux que les lois nationales à l'administration d'une bonne justice, que l'Etat ordonne aux juges de les substituer aux leurs propres (2).

Pas davantage en matière pénale, la loi nationale et la juridiction nationale ne sont les plus propres à favoriser les objectifs que le législateur a eu en vue dans le règlement de l'activité en cause, l'activité répressive. En matière pénale également, il faut donc, en principe, donner compétence à la loi et à la juridiction étrangère qui présentent ce dernier caractère (3). Sans doute, les nécessités du commerce international, qui ont joué un rôle décisif en matière de droit privé dans la reconnaissance de la compétence des lois et des juridictions étrangères, ne se rencontrent pas en matière de droit pénal international, mais en réalité il n'empêche qu'il im-

(1) Renault, cité par Donnedieu de Vabres, *op. cit.*, p. 182.

(2) Lainé, *Considérations sur l'exécution forcée*, Revue critique, 1902, p. 626 ; — Donnedieu de Vabres, *op. cit.*, p. 628. — Voir également Arminjon, *Manuel de droit international privé*, t. I, Introduction, et son cours à l'Académie internationale de La Haye, chap. II, sur les méthodes *a priori* en droit international privé.

(3) Nous n'émettons ici — est-il utile de le rappeler — qu'une opinion de politique criminelle. A l'heure actuelle, le système de droit pénal international et celui de droit international privé ne sont nullement analogues. Le législateur moderne s'est refusé jusqu'à présent à prendre la solidarité internationale en si grande considération en droit pénal qu'en droit privé et à attribuer par suite compétence de principe à la loi et à la juridiction les plus propres à favoriser les objectifs poursuivis dans le règlement de droit interne. Il a ainsi consacré une dualité radicale des deux systèmes de droit pénal international et de droit international privé. La formule précitée de M. Martin, d'après laquelle il est impossible de raisonner par analogie du droit international privé au droit pénal international nous apparaît par suite rigoureusement exacte de *lege lata*. Cpr. également ses observations sur l'idée de communauté internationale dans les deux domaines, *Etudes*, pp. 214 et 215.

porte encore davantage en matière de droit pénal qu'en matière de droit privé de transposer sur le plan international, du moins pour tout ce qui touche aux délits de droit commun, uniquement les considérations de droit interne.

D'une part, en effet, le caractère international de la criminalité, rend les Etats aussi solidaires dans la lutte contre le crime, que l'intérêt commun qu'ils ont de la prospérité commerciale, ne le fait en matière de droit privé. D'autre part, la liberté individuelle, qu'il est plus que jamais indispensable de garantir, exige un règlement harmonique qui ne risque point de la sacrifier à tout moment dans les relations internationales.

À vrai dire la solidarité internationale semble même impliquer un règlement uniforme, mais il ne dépendait pas de l'Allemagne ou des autres pays qui ont légiféré depuis la guerre d'y arriver ; seulement en attendant une réglementation internationale, il faut (et l'objection fondamentale que nous adressons aux auteurs de la réforme allemande est de ne l'avoir pas fait) mettre tout au moins de côté toutes les considérations nationalistes et toutes les prétendues conséquences de la théorie de la souveraineté ; il faut construire le droit pénal international en fonction des seules considérations relatives à la répression et à la garantie de la liberté individuelle et aboutir, comme en matière de droit privé, à faire des règles de compétences législatives et juridictionnelles, une simple projection du droit interne sur le plan du droit international, selon la formule justement célèbre de M. Bartin (1).

On sera conduit à édifier en matière de droit pénal international un système analogue dans ses grandes lignes à celui qui fonctionne en droit international privé, et faisant comme lui une large place à la compétence législative et juridictionnelle des autorités étrangères.

Les considérations dont le législateur s'inspire en droit interne conduisent, en droit pénal comme en droit privé, à accorder une très large compétence à la loi et aux autorités personnelles de l'individu ainsi qu'à celle du lieu où le rapport de droit est né et s'est développé.

Cette compétence sera, en effet, de nature à faciliter la réalisation des buts poursuivis sur le plan du droit interne : la protec-

(1) Bartin, *Etudes de droit international privé*, p. II.

tion de la liberté individuelle et du sentiment de la justice et la réalisation de la sécurité, et cela pour des raisons sensiblement analogues à celles qui valent en matière de droit privé.

La compétence personnelle se recommande lorsqu'il est particulièrement nécessaire de reconnaître d'une façon permanente la compétence d'une même autorité et de prendre en considération la conformation psychologique de l'individu (1), la compétence des autorités du lieu ou un rapport de droit est né ou s'est développé lorsqu'il faut prendre en considération les difficultés que rencontrent l'individu à se conformer aux prescriptions de l'ordre juridique (2) et la nécessité d'adapter exactement le droit aux strictes exigences de l'ordre public (3). Or, ces diverses nécessités se rencontrent en matière de droit pénal comme en matière de droit privé. La seule différence qu'on puisse admettre, c'est que leur importance respective peut varier dans les deux domaines, par exemple on prendra davantage en considération en matière de droit privé les difficultés rencontrées par l'individu pour se conformer aux exigences de l'ordre juridique, alors que la nécessité d'adapter le droit aux strictes exigences de l'ordre juridique jouera un rôle plus grand en matière pénale (4) ; il en résultera une assez fréquente coïncidence en matière pénale de la compétence législative et de la compétence juridictionnelle des autorités d'un même Etat, car c'est, semble-t-il le souci des commodités individuelles qui en matière de droit privé explique et justifie en général la diversité qu'on y rencontre si fréquemment.

(1) Pillet, *Principes*, chap. XII ; — Donnedieu de Vabres, *op. cit.*, pp. 192 et suiv., et ci-dessus, pp. 327 et 331.

(2) Voir notamment notre ouvrage précité au sujet du rôle et difficultés rencontrées par l'individu dans la détermination de la loi applicable en droit international privé et le *Manuel* de M. Lerebourg-Pigeonniers, n°s 244 à 245.

(3) Voir ci-dessus, pp. 327 et suivantes.

(4) Nous ne pouvons préciser davantage sans sortir du cadre de cette étude. Pour plus de détails relatifs aux fonctions sociales des règles de droit nous renvoyons en matière pénale aux observations de M. Donnedieu de Vabres qui préconise d'une manière générale les solutions proposées au texte et à ce qui a été dit plus haut lorsque nous avons montré d'une manière concrète les inconvénients du système allemand.

Pour tout ce qui touche au droit privé, voir surtout les ouvrages classiques de MM. Pillet et Bartin, ainsi que le *Manuel* de M. Lerebourg-Pigeonniers.

Cette manière d'envisager les choses n'aboutira sans doute pas à une réglementation parfaite, les différences qui existent d'un pays à l'autre quant aux données générales de la répression ne permettront pas de réaliser l'accord, cependant nécessaire, des législations : elles se répercuteront sur le terrain du droit pénal international comme les différences existantes dans les données générales du droit privé se répercutent actuellement sur le terrain du droit international privé (1).

Bien plus, comme en droit international privé également, la préférence instinctive pour les choses nationales et la préoccupation exclusive des intérêts nationaux pourraient encore se manifester dans certaines hypothèses exceptionnelles au détriment de la solidarité internationale et pour écarter les considérations précédentes (2).

Mais il n'en résulterait pas moins un progrès décisif sur les errements du passé. Tout d'abord, les inconvénients et les difficultés que nous avons dénoncés en auraient considérablement diminué. La liberté individuelle serait mieux protégée et la sécurité de l'Etat également. Ensuite cela faciliterait l'élaboration dans l'avenir d'une organisation internationale de la répression : on se prêtera plus facilement, en effet, à une organisation internationale de la répression, quand on aura pris l'habitude d'appliquer les lois répressives étrangères, de reconnaître la compétence des autorités juridiques étrangères et de faire respecter leurs sentences.

Du reste, le développement universel de l'influence du positivisme rapproche de jour en jour davantage les conceptions ré-

(1) Sur ce point, voir surtout Martin, *Etudes*, la théorie des qualifications et le système de l'ordre public international, ainsi que son article sur le droit conventionnel envisagé comme source de droit positif français. Chnet, 1927, pp. 5 et suiv.

Compar., en matière pénale, Donnedieu de Vabres, *op. cit.*, *Principe*, chap. IX, section 2.

(2) Nous pensons surtout aux deux manifestations principales que l'on rencontre en droit international privé : l'intervention du système de l'ordre public international et l'exagération, en matière d'exequatur, du contrôle judiciaire. Sur la possibilité de manifestations analogues dans un système de droit pénal international fondé sur des idées analogues à celles préconisées au texte, cf. sur le premier point surtout Donnedieu de Vabres, *op. cit.*, chap. IX, section III.

pressives des différents législateurs. Ce rapprochement aboutira à un rapprochement des conceptions de droit pénal international elle-mêmes lorsque celles-ci ne seront plus que les projections des premières sur le plan du droit international.

B) Critique du régime des délits politiques

28. — Les résultats auxquels a abouti l'influence de la tendance particulariste, sont plus inadmissibles encore en ce qui concerne les crimes et délits politiques.

Nous ne critiquerons pourtant point l'indifférence de principe de l'Etat allemand aux délits commis contre les intérêts politiques des Etats étrangers. Cette solution dictée par « l'égoïsme sacré » a bien ses inconvénients. Certains des crimes rangés sous l'expression générique de crimes politiques intéressent solidairement tous les Etats, et la rédaction primitive du projet allemand de loi sur l'extradition s'inspirait de cette raison pour étendre l'extradition en matière politique quand (art. 3, § 1^{er}, *in fine*, rédaction de 1927) « l'acte semble particulièrement odieux en raison des circonstances dans lesquelles il a été accompli » (1). Mais l'on s'explique assez bien que le législateur allemand se soit arrêté dans cette voie et ait même supprimé cette disposition lors du vote définitif de la loi sur l'extradition. Le développement encore insuffisant, en matière politique, du sentiment de la solidarité internationale risquerait de faire tourner contre leur but des dispositions aussi libérales. Et surtout la liberté individuelle risquerait d'être gravement compromise en l'état actuel des relations internationales, si les crimes dirigés contre l'existence et la sûreté de l'Etat pouvaient être poursuivis dans un tiers pays. Du reste, la solution allemande est trop en harmonie avec l'opinion commune — comme on en peut juger par l'unanimité des législations positives — pour pouvoir être utilement critiquée. Il faut seulement regretter que, par une lacune involontaire sans aucun doute des auteurs de la réforme, cette indifférence de l'Etat allemand à l'égard des crimes politiques commis contre les Etats étrangers ait entraîné l'impunité des crimes et délits de droit commun ayant facilité un délit politique et commis à l'étranger

(1) Cpr. les résolutions de l'Institution de droit international de Genève, session de 1892.

par des étrangers. Que l'extradition soit impossible, rien de plus naturel et c'est ce que décide explicitement l'article 7 de la loi sur l'extradition ; mais un tel délit devrait pouvoir être réprimé en Allemagne. Or, cela est impossible, comme nous l'avons vu, en raison, précisément, de l'impossibilité de l'extradition, celle-ci entraîne celle-là, par suite de la solidarisation de principes que l'art. 7, § 2, a créée entre la possibilité des extraditions et celle de poursuites en Allemagne, pour tous délits de droit communs commis à l'étranger par des étrangers — or les hypothèses spéciales de l'article 6. Ce n'est là d'ailleurs qu'une lacune de détail.

L'on peut justifier aussi, pour des raisons analogues, les règles de procédure pénales internationales applicables aux crimes politiques dirigés contre l'Etat allemand. C'est une sérieuse garantie pour la liberté individuelle qu'on ne puisse être extradé pour un crime politique et que les condamnations d'ordre politique n'aient point, en principe, d'effets dans un tiers pays.

29. — On ne peut pas, par contre, approuver les dispositions de fond applicables aux crimes et délits politiques dirigés contre l'Etat allemand ? Les dispositions de droit pénal international relatives aux crimes d'ordre politique et contenues dans l'article 6, n° 1, constituent une violation flagrante des droits de l'individu et des droits des Etats étrangers. Nous avons vu plus haut ce que contiennent ces dispositions : la plupart des crimes et délits politiques prévus par le projet de Code allemand, les *Hochverrat*, *landesverrat*, les *vergehen gegen die wehrmacht und die volkskraft* se trouvent exclusivement soumis à la loi allemande dans les mêmes conditions, quelle que soit la nationalité de l'agent et le lieu de perpétration du crime.

C'est là une réglementation absolument inadmissible. Il est indispensable en matière de crime politique de tenir compte de la nationalité de l'agent. L'Etat allemand peut établir une réglementation aussi sévère qu'il le veut en ce qui concerne les crimes commis par un Allemand contre sa sécurité. Il peut le faire lors même que le crime a été préparé et commis à l'étranger. On admet, en effet, que le devoir de fidélité du sujet le suit perpétuellement sans jamais perdre de sa rigueur, alors même qu'il passe la frontière. Mais le droit de l'Etat allemand à l'égard d'un étranger est nécessairement moindre.

L'obligation de fidélité du sujet à l'égard de l'Etat auquel il

ressortit constitue une des données fondamentales de la répression des crimes politiques. C'est sa violation par l'agent qui constitue le fondement moral de la peine qui lui est appliquée. Or, lorsque l'agent est un étranger, cet élément moral fait défaut puisque cette obligation de fidélité, ce n'est pas à l'égard de l'Etat allemand qu'il en est tenu, mais à l'égard d'un autre Etat, celui dont il relève de par sa nationalité. Lui appliquer les mêmes règles que s'il était Allemand aboutirait à un double délit de justice : à son égard tout d'abord. L'absence de l'existence antérieurement au délit de cette obligation de fidélité est une circonstance atténuante qui justifie un amoindrissement de la pénalité applicable. On peut même se demander si elle ne constitue pas un obstacle dirimant à la réalisation de certains délits, comme la trahison, par exemple.

M. Mendelssohn-Bartholdi fait remarquer à cet égard qu'un étranger ne peut se rendre coupable de trahison puisque cette qualification suppose l'existence d'un devoir de fidélité qui ne pèse que sur le national. L'étranger ne pourrait être poursuivi qu'à titre d'espion (1).

Ensuite et surtout à l'égard de l'Etat étranger dont relève l'agent. Cet Etat peut revendiquer dans une certaine mesure comme un droit pour lui que ses ressortissants ne soient tenus de l'obligation de fidélité que vis-à-vis de lui-même.

En tous les cas, ces deux arguments apparaissent absolument décisifs et la prise en considération de la nationalité étrangère de l'agent absolument indispensable quand certaines circonstances viennent s'ajouter à l'élément d'extranéité que constitue la nationalité étrangère de l'agent.

La première circonstance tient à la préparation ou à la perpétration à l'étranger du délit. Quand le délit a été commis sur le territoire allemand, on peut songer dans une certaine mesure à assimiler le délinquant étranger à l'Allemand en se fondant sur le droit de tout Etat d'imposer le respect de ses institutions auxquels il donne l'hospitalité sur son territoire ou, comme on le dit sous une autre

(1) Mendelssohn-Bartholdy, *op. cit.*, p. 49. — V. également Garraud, *Traité théorique et pratique de droit pénal*, 3^e éd., t. III, pp. 510 et suiv. ; — Donnedieu de Vabres, *op. cit.*, pp. 92 et suiv.

forme, sur le caractère de mesure de police et de sûretés des règles applicables à la répression des crimes politiques. Mais il n'en est plus de même lorsque l'activité criminelle de l'agent s'est déployée à l'étranger.

L'obligation de ne porter aucune atteinte, même à l'étranger, à la sécurité et à la puissance de l'Allemagne, ne peut exister que pour l'Allemand parce qu'elle repose sur la survivance en tout lieu de l'obligation de fidélité à laquelle le sujet est soumis à l'égard de l'Etat auquel il appartient ; pour justifier l'incrimination s'agissant d'un étranger, il faut recourir à l'idée du droit de l'Etat à se défendre contre tout acte portant atteinte à sa sécurité. Mais le caractère exorbitant, d'un tel fondement exige de restreindre pareille répression des délits politiques aux crimes les plus graves parmi ceux qui mettent l'Etat en danger. L'art. 6, alinéas 1, 2, en décidant, au contraire, que la loi allemande est exclusivement applicable à presque tous les crimes politiques commis contre l'Etat allemand à l'étranger par un étranger, et notamment aux *Landesverrat* et aux *Vergehen gegen die Volkskraft und die Wehrmacht* a émis une prétention absolument inadmissible. Aucune raison valable ne permet à l'Etat allemand d'imposer aux étrangers à l'étranger l'observation d'une telle bienveillance à son égard ; contraire au droit légitime des états étrangers de régler eux-mêmes ce qu'il est ou non de permis de faire sur leurs territoires respectifs, elle est encore plus injustifiée à l'égard de celui qui en subira les effets. Non seulement aucune obligation de fidélité à l'égard de l'Etat allemand ne pourrait être invoqué, mais l'étranger risque encore d'être condamné pour un acte dont il ne pouvait imaginer le caractère répréhensible. Il existe même des hypothèses où l'acte pour lequel il risque d'être condamné, en Allemagne, lui était imposé par la fidélité avec laquelle il doit observer ses devoirs patriotiques à l'égard de l'Etat dont il relève par sa nationalité. Un soldat français, par exemple, employé au Maroc aux opérations de recrutement de la légion étrangère peut, en raison des actes qu'il a accomplis dans l'accomplissement des ses obligations militaires, être condamné en Allemagne. L'article 120 du projet de Code pénal, applicable d'après l'art. 6, alinéa 1^{er} (délit commis à l'étranger par des étrangers) punit celui qui a participé à l'incorporation d'un citoyen allemand dans une armée étrangère.

On pourrait, il est vrai, songer à justifier ces textes en soutenant avec certains auteurs que la sécurité de l'Etat étant le critérium exclusif de la réglementation des délits politiques, chaque Etat a le droit de se montrer aussi sévère à l'égard des étrangers qu'à l'égard de ses propres sujets. Mais cette argumentation, quelque crédit qu'elle ait rencontré dans le passé (1) et qu'elle rencontre aujourd'hui encore auprès de certains législateurs (2) nous paraît absolument inadmissible. La répression des crimes et délits politiques comme la répression des délits de droit communs repose et doit continuer à reposer — pour la garantie des libertés individuelles — dans une large mesure sur un fondement moral. Les règles de morale qu'elle sanctionne sont seulement différentes. Ici, ce sont avant tout des règles de morale privée, là des règles de morale civique.

Le législateur italien lui-même, dont les tendances répressives se sont pourtant si fortement affirmées et qui dans un projet du mois de novembre 1926 avait poussé jusqu'à l'extrême les conséquences de cette théorie a dû y renoncer dans une large mesure dans son œuvre définitive.

La violation des droits individuels et des droits des états étrangers se produira plus fréquemment encore quand interviendra la deuxième circonstance qui aurait dû atténuer la responsabilité de l'étranger au regard des crimes politiques commis contre les états allemands, la survenance de l'Etat de guerre. Les projets n'en ont pas davantage tenu compte que de la perpétration du délit sur un territoire étranger. Exception faite du port d'armes contre l'Allemagne ou un de ses alliés que l'art. 95 n° 2 ne réprime que lorsqu'il est le fait d'un allemand (3), les dispositions visant les crimes politiques qui se rattachent aux circonstances qui ont précédé ou accompagné la guerre, s'appliqueront aux étrangers comme aux allemands. Notamment l'art. 95 (nos 2 et 3) assimile à l'allemand l'étranger qui serait entré en rapport avec un gouvernement étranger pour provo-

(1) Voir l'article 7 du Code d'instruction criminelle tel qu'il résulte de la loi du 27 juin 1866.

(2) Voir notamment le Code espagnol dit Code de Primo de Rivera, actuellement en voie d'abrogation (art. 11).

(3) Solution analogue en droit français : art. 75 du Code pénal.

quer la guerre ou des mesures de retorsion ou qui en cas de guerre ou dans des circonstances analogues aurait aidé deux puissances étrangères ou nui à la force militaire de l'Allemagne. Cette assimilation risque de provoquer des résultats choquants comme dans le cas de délits commis à l'étranger et surtout lorsque ces deux circonstances se combinent. L'exercice par un étranger ressortant d'un état neutre ou belligérant des droits ou des obligations que sa nationalité lui donnent est ainsi susceptible d'entraîner une condamnation d'autant plus sévère d'ailleurs, que les crimes politiques commis en temps de guerre sont plus rigoureusement réprimés. Ici encore, la condamnation sera tout à la fois injuste à l'égard de l'agent et attentatoire à la souveraineté de l'Etat dont il relève ; elle sera même d'autant plus injuste à l'égard du condamné, que celui-ci aura pu se trouver juridiquement tenu de par ses obligations patriotiques de commettre l'acte incriminé.

Quant aux atteintes à la souveraineté de l'Etat étranger, elles résultent de ce qu'il lui appartient à l'exclusion de l'Etat allemand, de déterminer qu'il soit neutre ou belligérant, l'attitude de ses propres ressortissants au regard des circonstances nées de la guerre.

Dans le cas notamment du délit visé par l'article 95, c'est aux Etats neutres et non au Législateur allemand qu'il incombe de déterminer dans quelles mesures ses ressortissants pourront livrer des fournitures aux armées des belligérants ; et l'article 95, n° 3 qui, en cas de guerre, semble vouloir interdire à tout individu, quelle que soit sa nationalité, la fourniture de vivres ou de munitions aux armées ennemies, porte une atteinte certaine aux droits des Etats neutres.

30. — Le droit des gens fournit bien il est vrai un correctif à certains abus de cette réglementation. Celles des dispositions précédentes qui sont contraires à ces règles, pourront en son nom être critiquées en justice. Notamment l'agent poursuivi en Allemagne en vertu d'une des dispositions précédentes pourra s'opposer à ce que les juges la lui appliquent dans la mesure où elles apparaissent incompatibles avec les obligations résultant du système de droit public international pour tous les Etats membres de la Communauté Internationale. Ce droit n'existerait peut-être pas devant les tribunaux français de l'ordre judiciaire. La sanction des règles du droit des gens est si imparfaite qu'elles ne sont pas d'elles-mêmes

directement applicables par les autorités de l'ordre judiciaire (1) et ne pourront pas, en France, faire, à *fortiori*, obstacle à l'application d'une disposition formelle du législateur français (2). L'exception de contrariété au droit des gens n'est certainement pas plus admissible devant les tribunaux français que l'exception d'inconstitutionnalité, mais il en va différemment, en Allemagne, par suite des règles même posées par le législateur allemand sur le plan de son propre droit interne.

Le système de droit public allemand assure aux règles du droit des gens, non seulement l'efficacité normale des règles de droit interne par une véritable novation de leur caractère originaire, mais encore un rang supérieur dans la hiérarchie des règles de droit, ce qui aboutit à faire dépendre l'application des dispositions du droit interne de leur conformité au système de droit des gens. Ceci résulte implicitement mais sans ambiguïté des textes en ce qui concerne, notamment, les dispositions de la réforme de droit pénal. L'article 23 du projet de Code pénal reconnaît que l'application des dispositions du projet est subordonné à leur conformité avec les principes du droit public ; or, au nombre de ceux-ci l'article 4 de la constitution de Weimar compte les règles du droit des gens. L'exposé des motifs enfin reconnaît expressément (3) que la disposition de l'article 6 visant les crimes politiques n'est applicable que dans la mesure où elle est conforme au droit des gens.

Mais c'est là un palliatif critiquable en lui-même et insuffisant. Critiquable en lui-même pour des raisons techniques ; c'est une

(1) On peut le constater notamment en ce qui concerne les règles de droit privé. Les traités de conflit de loi et de conflit de juridiction ne sont applicables devant les tribunaux français qu'après une consécration expresse du législateur donnée sous forme de loi. Certains auteurs admettent pourtant que le droit des gens est obligatoire de plein droit pour les tribunaux criminels français (Carvon, *Code pénal annoté*, art. 76, n° 3). Mais la jurisprudence semble s'orienter en sens contraire (C. de Cass. crim., 15 janvier 1920 : S. 1923, I, 228. — Cpr. les observations de M. Donnedieu de Vabres, *op. cit.*, pp. 97 et suivantes).

(2) On peut en faveur de cette thèse, citer certains arrêts rendus à la suite de la guerre et qui semblent nettement contraires au droit des gens, et surtout l'arrêt cité à la note précédente — ; cf. le commentaire que M. Donnedieu de Vabres en donne dans le passage indiqué à la note précédente.

(3) Begründung, p. 8.

bien singulière méthode législative que celle qui consiste à accumuler les contraventions précises au droit des gens et à les annuler en même temps par la proclamation de l'intangibilité des règles du droit des gens. De telles dispositions deviennent alors non seulement inutiles mais dangereuses : l'imprécision du droit des gens entraîne l'incertitude de la répression, et l'octroi et aux juges de pouvoirs considérables. Le nombre important des dispositions non appliquées portent atteinte à l'autorité du législateur qui les a édictées.

Mais c'est surtout un palliatif tout à fait insuffisant. Il ne suffit pas de se trouver en présence d'une disposition de nature à porter atteinte aux légitimes susceptibilités des Etats étrangers pour qu'on puisse affirmer l'existence d'une contravention au droit des gens dont les dispositions, très difficiles à préciser d'ailleurs, n'interviennent jamais que dans les cas les plus choquants.

Même en tenant compte de l'intervention des règles du droit des gens, la répression des délits politiques telle qu'elle est organisée par les nouveaux projets provoquera d'inadmissibles atteintes à la liberté individuelle et irritera les plus légitimes susceptibilités nationales.

EN PARCOURANT LE BULLETIN DE POLICE CRIMINELLE

Le *Bulletin de police criminelle* va entrer le 30 décembre prochain dans sa vingt-quatrième année d'existence. C'est dire qu'il ne s'agit plus d'une publication de fortune, cherchant encore sa voie, mais d'un organe en pleine vigueur qui a doublé, non sans succès, le cap de la majorité et qui pourtant est encore suffisamment proche de ses origines pour s'adapter, le cas échéant, à des besoins nouveaux.

Les remarques qui vont suivre n'auront pas trait à l'examen des procédés suivant lesquels les divers organes de police et notamment la Gendarmerie peuvent, en matière de recherches proprement dites, tirer le meilleur parti possible de la documentation fournie par le *Bulletin de Police Criminelle*. Tout ce que l'on pouvait dire à ce sujet a été excellemment exposé par les lieutenants Chambon et Fabre, dans les numéros des 15 septembre 1928, 15 novembre 1928, 15 janvier et 15 mars 1929 de la *Revue de la Gendarmerie*. Aussi se bornera-t-on à évoquer quelques-uns des problèmes ayant plus spécifiquement trait à la qualité, à la valeur des renseignements contenus dans le *Bulletin*.

Point n'est besoin de présenter longuement celui-ci, car sa large diffusion a permis à tous ceux qu'intéressent les recherches d'ordre judiciaire d'en avoir de temps à autre un exemplaire entre les mains. Il suffit de rappeler qu'il est publié par les soins du Ministère de l'Intérieur (Direction de la Sûreté Générale, Contrôle Général des Services des Recherches judiciaires) sous la forme d'un opuscule hebdomadaire d'une trentaine de pages. Cet opuscule constitue un répertoire, suivant une série unique de numéros, des individus recherchés en vertu de mandats ou, ce qui revient désormais au même, en vue d'une extradition ultérieure ou bien encore des condamnés ayant une peine à subir. En règle générale, l'inscription est provoquée par les magistrats mandants, lorsque les recherches policières à rayon restreint sont demeurées vaines et la radiation