



Article scientifique

Article

2017

Published version

Open Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

Une compétence pénale fondée sur le critère du domicile : analyse de lege lata et réflexions de lege ferenda

Ludwiczak, Maria

How to cite

LUDWICZAK, Maria. Une compétence pénale fondée sur le critère du domicile : analyse de lege lata et réflexions de lege ferenda. In: Revue de droit suisse, 2017, vol. 136. Halbbd. I, n° 1, p. 5–30.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:102000>

Une compétence pénale fondée sur le critère du domicile: analyse *de lege lata* et réflexions *de lege ferenda*

MARIA LUDWICZAK*

Mots-clés: Compétence pénale, Critère de rattachement, Domicile,
Droit international privé, Droit comparé

A. Introduction

Essentiel en droit international privé, d'usage courant en procédure pénale, connu de certains droits pénaux étrangers et de conventions internationales, reconnu par le Tribunal fédéral comme point de rattachement «d'usage en matière internationale et, en règle générale, (incontesté) en droit international public»¹, le critère du domicile ou de la résidence est notoirement absent des règles établissant la compétence du juge pénal suisse.

Aucun des principes de compétence connus du droit suisse ne repose sur le critère du domicile ou de la résidence. Ce critère n'est pas non plus utilisé pour limiter la compétence pénale du juge suisse. Dans certains cas, la présence de l'auteur en Suisse et sa non-extradition sont un élément nécessaire pour exercer la compétence, mais il n'est pas tenu compte d'un domicile en Suisse². Enfin, le droit étranger pris en considération dans le cadre de l'analyse de la double incrimination et du principe de la *lex mitior* est uniquement celui de l'Etat territorial, l'Etat de domicile n'étant, une fois de plus, pas visé.

Pourtant, le Tribunal fédéral a récemment souligné l'importance d'une poursuite pénale dans l'Etat où le prévenu a sa résidence. Dans un arrêt portant sur une délégation de poursuite pénale suisse à un Etat étranger³, notre Haute

* Chargée d'enseignement au département de droit civil (CIVIL) à l'Université de Genève.

1 ATF 126 II 212, c. 6b, JdT 2004 IV 105.

2 A la seule exception de l'art. 34 al. 4 LFMG, prévoyant qu'une infraction à l'interdiction des armes nucléaires, biologiques et chimiques commise à l'étranger est punissable en Suisse, indépendamment du droit applicable au lieu de commission, si elle viole des accords de droit international auxquels la Suisse est partie et si son auteur est Suisse ou a son domicile en Suisse.

3 Art. 88 ss EIMP; TF, 19.11.2015, 1C_595/2015, c. 1.2.1.

Cour a rappelé la raison d’être de la limitation de la qualité pour recourir contre la décision de délégation à la seule personne ayant sa résidence ordinaire en Suisse⁴: seule une personne résidant en Suisse dispose d’un intérêt juridique évident, lié notamment à l’exercice de ses droits de défense, à ce que la poursuite suive son cours en Suisse plutôt qu’à l’étranger. Ainsi, notre ordre juridique conçoit un intérêt à ce que la poursuite se poursuive, mais non à ce qu’elle soit initiée, en Suisse – Etat de résidence – plutôt que dans un autre Etat.

Le critère du domicile ou de la résidence est utilisé hors des frontières suisses et en droit international. A l’intérieur de notre ordre juridique, il est connu en droit international privé et existe dans des domaines étroitement liés au droit pénal de fond. Sur la base ainsi esquissée, nous discuterons de l’opportunité et des modalités de mise en place de ce critère de rattachement.

B. Un critère connu hors des frontières suisses

Le Tribunal fédéral admet que la compétence fondée sur le domicile est d’usage en matière internationale⁵. La doctrine rattache le principe du domicile ou de la résidence à la compétence fondée sur la nationalité⁶ en le qualifiant parfois de «compétence personnelle active élargie»⁷ parfois de «*modern development of nationality jurisdiction*»⁸.

I. En droit pénal étranger

Un principe de compétence pénale fondé sur le domicile ou la résidence existe dans certains Etats étrangers, tant de tradition civiliste que de *Common Law*.

⁴ Art. 25 al. 2 EIMP.

⁵ ATF 126 II 212, c. 6b, JdT 2004 IV 105.

⁶ Voir notamment MICHAEL AKEHURST, Jurisdiction in International Law, BYIL 1972-1973, p. 145-217, p. 156-157; NEIL BOISTER, An Introduction to Transnational Criminal Law, Oxford 2012, p. 144; NADJA CAPUS, Strafrecht und Souveränität: das Erfordernis der beidseitigen Strafbarkeit in der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen, Berne 2010, p. 167; ROBERT CRYER *et al.*, An Introduction to International Criminal Law and Procedure, 3^e éd., Cambridge 2014, p. 55; ROBERT CURRIE/JOSEPH RIKHOF, International & Transnational Criminal Law, 2^e éd., Toronto 2013, p. 69; ERIC DAVID, Eléments de droit pénal international et européen, Bruxelles 2009, p. 188; CHARLES ENSCHEDÉ, La compétence personnelle dans les législations de l’Europe occidentale, in: Le droit pénal international, Recueil d’études en hommage à J. M. Van Bemmelen, Leiden 1965, p. 38-56, p. 53 ss.

⁷ DAVID (note 6), p. 188; JAMES CRAWFORD, Brownlie’s Principles of Public International Law, 8^e éd., Oxford 2012, p. 459. Voir aussi CRYER *et al.* (note 6), p. 55; GUSTAF MÖLLER, Le juge et les règles de compétence internationale en matière civile, commerciale et pénale, in: Le juge et le droit international, Strasbourg 1998, p. 111-124, p. 123.

⁸ BOISTER (note 6), p. 144.

Le Royaume-Uni⁹, le Canada et les Pays-Bas prévoient une compétence fondée sur le domicile, limitée toutefois à certaines infractions particulières, telles les infractions d'ordre sexuel commises à l'encontre d'enfants¹⁰, le hooliganisme lors de matchs de football¹¹ ou encore des infractions portant sur des biens culturels¹².

S'agissant du droit belge, pour certaines infractions, pourra être poursuivi « tout Belge ou toute personne ayant sa résidence principale sur le territoire du Royaume »¹³. Le critère de la résidence principale sur le territoire de l'Etat vient ainsi s'ajouter au critère de la nationalité¹⁴. Le droit belge définit la résidence principale comme le « lieu où vivent habituellement les membres d'un ménage » ou encore le « lieu où vit habituellement une personne isolée ». Elle se détermine sur la base de critères de fait¹⁵. La condition de la résidence principale est remplie même en cas de séjour irrégulier¹⁶. De plus, pourra être poursuivi en Belgique l'étranger qui aura commis à l'étranger une violation grave du droit international humanitaire contre une personne qui, au moment des faits, est un ressortissant belge, un réfugié reconnu en Belgique et y ayant sa résidence habituelle ou une personne qui, depuis au moins trois ans, séjourne effectivement, habituellement et légalement en Belgique¹⁷.

En France, le critère de la résidence habituelle existe s'agissant de la répression d'infractions principalement à caractère sexuel commises à l'encontre de mineurs. En dérogation à la compétence personnelle active fondée sur le seul critère de la nationalité de l'auteur¹⁸, une compétence pénale est donnée lorsqu'une telle infraction est commise à l'étranger « par un Français ou par une personne résidant habituellement sur le territoire français »¹⁹.

En droit lituanien, le code pénal prévoit une compétence pour les « *(c)itizens of the Republic of Lithuania and other permanent residents of Lithuania* »²⁰ s'agissant d'infractions d'une certaine gravité, limitée par l'application des

9 Voir ILIAS BANTEKAS, *International Criminal Law*, 4^e éd., Oxford 2010, p. 338 et les références citées; AKEHURST (note 6), p. 156-157; CRAWFORD (note 7), p. 460 et les références citées.

10 UK Sexual Offences Act 2003, sections 5 ss et section 72; CP_NL, section 5a. Voir HEIN WOLSWIJK, *Country Report The Netherlands*, in: Martin Böse/Frank Meyer/Anne Schneider (éd.), *Conflicts of Jurisdiction in Criminal Matters in the European Union*, Vol. I: National Reports and Comparative Analysis, Baden-Baden 2013, p. 329-363, p. 338.

11 UK Football Spectators Act 1989, section 22.

12 Code criminel canadien, L.R.C. (1985), ch. C-46, § 7 (2.01).

13 Code d'Instruction Criminelle belge, art. 6 et 7.

14 A propos de l'extension de la compétence personnelle active aux résidents en Belgique, voir DAVID (note 6), p. 189.

15 DAVID (note 6), p. 190.

16 DAVID (note 6), p. 190.

17 Code d'Instruction Criminelle belge, art. 10.

18 CP-F, art. 113-6.

19 Voir CP-F, art. 222-22, 225-11-2, 225-12-3, 227-27-1 et 436-3 et les remarques de JULIETTE LELIEUR, *Country Report France*, in: Böse/Meyer/Schneider (note 10), p. 107-140, p. 119.

20 CP-LT, art. 5. Voir GINTARAS SVEDAS, *Country Report Lithuania*, in: Böse/Meyer/Schneider (note 10), p. 295-327, p. 303.

principes de la double incrimination et de la *lex mitior*²¹, par la nécessité de la présence de l'auteur sur le territoire lituanien et par une impossibilité de l'extra-der vers l'Etat territorial²². Une personne a sa résidence permanente en Lituanie lorsqu'elle y établit et maintient, de son plein gré, sa seule ou principale résidence avec l'intention de faire de cet endroit le centre de ses intérêts personnels, sociaux et économiques. Cette intention peut se manifester notamment par sa présence sur le territoire et ses relations privées ou professionnelles²³.

A la différence de ces droits qui connaissent une compétence à raison de la résidence limitée à certaines infractions, les Etats nordiques lui accordent une place plus importante²⁴, le champ d'application n'étant *a priori* pas limité *ratione materiae*. Ainsi, le droit suédois²⁵ prévoit une compétence extraterritoriale lorsque l'infraction a été commise par une personne de nationalité suédoise ou de nationalité étrangère domiciliée en Suède au moment des faits. De plus, la Suède se reconnaît compétente si l'auteur en a acquis la nationalité ou a pris un domicile dans cet Etat après la commission des faits pour autant qu'il soit présent sur le territoire. Cette compétence est limitée notamment par les principes de la double incrimination et de la *lex mitior* en lien avec le droit de l'Etat territorial.

Le code pénal finlandais s'applique, quant à lui, aux infractions commises par un Finlandais ou « *a person who was permanently resident in Finland* » au moment des faits ou de l'ouverture de la procédure²⁶. Un tel résident est, à teneur de la loi, assimilé à un national. De plus, la Finlande est compétente en cas d'infraction d'une certaine gravité commise contre un ressortissant finlandais ou tout « *foreigner permanently resident in Finland* »²⁷. Tout comme en droit suédois, les principes de la double incrimination et de la *lex mitior* en lien avec le droit de l'Etat territorial viennent limiter la compétence pénale à raison de la résidence. Le droit finlandais justifie cette compétence par le fait qu'une personne résidant de manière permanente en Finlande a d'ordinaire un lien plus fort avec la Finlande qu'avec l'Etat territorial²⁸. Il y a lieu de préciser encore que les Etats nordiques étendent leur compétence personnelle active tant aux nationaux qu'aux résidents des autres Etats nordiques²⁹.

21 SVEDAS (note 20), p. 305.

22 *Ibid.*, p. 304.

23 *Ibid.*, p. 304.

24 Voir ENSCHEDE (note 6), p. 54; MARC HENZELIN, Le principe de l'universalité en droit pénal international. Droit et obligation pour les Etats de poursuivre et juger selon le principe de l'universalité, Bâle/Genève/Munich 2000, p. 25 note 100.

25 CP-S (1962 :700), chapitre 2, § 2.

26 CP-FI (39/1889), section 6 (2) et (3)(1).

27 CP-FI (39/1889), section 5.

28 DAN FRÄNDE/DAN HELENIUS, Country Report Finland, in: Böse/Meyer/Schneider (note 10), p. 63-106, p. 76.

29 FRÄNDE/HELENIUS (note 28), p. 73.

Une compétence à raison de la résidence est encore prévue en droit australien³⁰ et en droit des Etats-Unis³¹.

II. En droit international

Le principe de la résidence figure, sous des formes variées, dans des conventions internationales en matière pénale et des textes de l'Union européenne³².

La convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes³³ de même que le Protocole facultatif à la convention relative aux droits de l'enfant, concernant la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants³⁴ prévoient expressément que les Etats peuvent établir leur compétence lorsque l'auteur a sa résidence habituelle sur leur territoire. La compétence à raison de la résidence est facultative alors que l'établissement d'une compétence territoriale est obligatoire.

De plus, le critère de la résidence est utilisé dans certaines conventions internationales établissant une compétence pénale pour les personnes apatrides, soit celles pour lesquelles une compétence à raison de la nationalité est impossible. Tel est le cas de la Convention contre la prise d'otages³⁵, la Convention contre la corruption³⁶, ainsi que celles pour la répression des attentats terroristes à l'explosif³⁷ et du financement du terrorisme³⁸.

Au sein de l'Union européenne, certaines directives mentionnent expressément la possibilité pour les Etats de fonder leur compétence sur le critère de la résidence habituelle de l'auteur de l'infraction, les Etats devant alors en informer la Commission européenne. Tel est le cas en matière d'attaques contre les systèmes d'information³⁹ et de sanctions pénales applicables aux abus de marché⁴⁰. En matière de lutte contre les abus sexuels et l'exploitation sexuelle des

30 Voir GUY CUMES, Extraterritorial jurisdiction – the applicability of domestic criminal law to activities committed abroad in Australia, in: Ulrich Sieber/Susanne Forster/Konstanze Jarvers (éd.), *National Criminal Law in a Comparative Legal Context*, Vol. 2.1: General Limitations on the application of criminal law, Berlin 2011, p. 177-205, p. 198.

31 EMILY SILVERMAN, Extraterritorial jurisdiction – the applicability of domestic criminal law to activities committed abroad in USA, in: Sieber/Forster/Jarvers (note 30), p. 367-395, p. 388.

32 En général, voir ANDRÉ KLIP, *European Criminal Law*, 3^e éd., Cambridge/Antwerp/Portland 2016, p. 214-215.

33 RS 0.812.121.03, Art. 4 ch. 1 let. b.i.

34 RS 0.107.2, Art. 4 § 2, a.

35 RS 0.351.4, Art. 5 ch. 1 let. b.

36 RS 0.311.56, Art. 42 ch. 2 let. c.

37 RS 0.353.21, Art. 6 ch. 2 let. c.

38 RS 0.353.22, Art. 7 ch. 2 let. d.

39 Directive 2013/40/UE, 12.8.2013, relative aux attaques contre les systèmes d'information, art. 12 ch. 3 let. a.

40 Directive 2014/57/UE, 16.4.2014, relative aux sanctions pénales applicables aux abus de marché, art. 10 ch. 2 let. a.

enfants⁴¹, et de lutte contre la traite des êtres humains⁴², une compétence à raison de la résidence habituelle de la victime est également expressément mentionnée, mais non imposée aux Etats membres⁴³. Dans le domaine de la lutte contre le terrorisme, les Etats membres sont tenus de prendre les mesures nécessaires pour établir leur compétence notamment lorsque l'auteur de l'infraction est l'un de leurs ressortissants ou résidents⁴⁴, la compétence à raison de la résidence étant alors placée sur un pied d'égalité avec celle fondée sur la nationalité.

Au sein du Conseil de l'Europe, la poursuite par l'Etat de résidence est prévue notamment par la Convention pour la répression des infractions routières⁴⁵: lorsqu'une personne qui séjourne habituellement sur le territoire d'une Partie contractante aura commis une infraction routière sur le territoire d'une autre Partie contractante, l'Etat d'infraction pourra demander à l'Etat de résidence d'exercer la poursuite s'il ne l'engage pas lui-même ou si, l'ayant engagée, il estime impossible de la conduire jusqu'à une décision définitive ou une exécution intégrale de la sanction. Afin de permettre à l'Etat de résidence de poursuivre la personne, la Convention établit le principe de compétence fondée sur la résidence, conditionnée par une demande de poursuite de la part de l'Etat territorial⁴⁶. Un mécanisme similaire est prévu par la Convention sur la transmission des procédures répressives⁴⁷, d'après laquelle un Etat contractant peut demander à un autre d'exercer la poursuite notamment si le prévenu a sa résidence habituelle dans l'Etat requis⁴⁸.

La Convention sur les infractions visant des biens culturels⁴⁹ prévoit que les Parties doivent prendre les mesures nécessaires pour établir leur compétence pour poursuivre toute infraction visant des biens culturels commise notamment en dehors de son territoire par une personne y ayant sa résidence habituelle⁵⁰. La Convention ajoute ainsi le principe fondé sur la résidence de l'auteur aux traditionnelles compétences territoriale (y compris celle du pavillon) et personnelle active fondée sur la nationalité, étant précisé que l'absence de l'auteur est

41 Directive 2011/93/UE, 13.12.2011, relative à la lutte contre les abus sexuels et l'exploitation sexuelle des enfants, ainsi que la pédopornographie, art. 17 ch. 2 let. a et c.

42 Directive 2011/36/UE, 5.4.2011, concernant la prévention de la traite des êtres humains et la lutte contre ce phénomène ainsi que la protection des victimes, art. 10 ch. 2 let. a et c.

43 A noter toutefois qu'aux termes de l'Action commune 97/154/JAI, 24.2.1997, relative à la lutte contre la traite des êtres humains et l'exploitation sexuelle des enfants, titre 2, A., f)ii), chaque Etat membre doit réexaminer sa législation et ses pratiques pour assurer qu'il est compétent lorsque l'auteur «est un de ses ressortissants ou une personne résidant habituellement sur son territoire».

44 Décision-cadre 2002/475/JAI, 13.6.2002, relative à la lutte contre le terrorisme, art. 9 ch. 1 let. c.

45 STE 52.

46 Art. 3.

47 STE 73.

48 Art. 8 ch. 1 let. a.

49 STE 119.

50 Art. 13 ch. 1 let. d.

posée comme obstacle à l'exercice de cette compétence. Cette Convention n'est toutefois, à ce jour, pas en vigueur.

D'autres conventions du Conseil de l'Europe imposant aux Etats d'établir une compétence fondée sur la résidence de l'auteur ont connu davantage de succès. Il en est ainsi de la Convention sur la protection des enfants contre l'exploitation et les abus sexuels⁵¹, la Convention sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique⁵², et la très récente Convention contre le trafic d'organes humains⁵³. Ces trois textes prévoient également que les Etats parties doivent s'efforcer d'établir une compétence lorsque l'infraction est commise à l'encontre d'un de leurs ressortissants ou d'une personne ayant sa résidence habituelle sur leur territoire⁵⁴. Ainsi, la compétence fondée sur la résidence figure dans ces conventions sous son aspect tant actif que passif, la différence étant que la compétence de l'Etat de résidence de l'auteur est imposée alors que la compétence à raison de la résidence de la victime n'est que recommandée. Dans ce dernier cas de figure, en effet, «le critère de rattachement de la personne concernée à l'Etat (est) moins fort que le critère de nationalité»⁵⁵. Il y a lieu de préciser encore que la Convention sur la lutte contre la violence à l'égard des femmes exclut la prise en considération du droit de l'Etat territorial s'agissant de l'incrimination de certains actes, parmi lesquels les mariages forcés ou les mutilations génitales féminines⁵⁶.

Ces trois Conventions permettent aux Etats d'émettre une réserve s'agissant de la compétence fondée sur la résidence de l'auteur⁵⁷. Toutefois, seuls 7 des 21 Etats ayant ratifié la Convention sur la lutte contre la violence à l'égard des femmes et 8 des 40 Etats ayant ratifié la Convention sur la protection des enfants contre l'exploitation et les abus sexuels, dont la Suisse, ont émis une telle réserve, alors que d'autres, à l'instar de l'Espagne en lien avec la Convention sur la lutte contre la violence à l'égard des femmes, se sont expressément engagés à apporter à leur législation interne les modifications nécessaires pour que le traité puisse être appliqué dans son intégralité⁵⁸.

51 STE 201; RS 0.311.40. Art. 25 ch. 1 let. e.

52 STE 210. La Suisse a signé cette convention, sans l'avoir ratifiée à ce jour. Art. 44 ch. 1 let. e.

53 STE 216. Art. 10 ch. 1 let. e.

54 STE 201, art. 25 ch. 2; STE 210, art. 44 ch. 2; STE 216, art. 10 ch. 2.

55 Rapport explicatif à l'appui de la Convention STE 201, § 169.

56 STE 210, art. 44 ch. 3. Tel est également le cas de la Convention STE 201, la non-application du principe de double incrimination se limitant à la compétence personnelle active (art. 25 ch. 4), voir le Rapport explicatif y relatif, § 171.

57 STE 201, art. 25 ch. 3; STE 216, art. 10 ch. 3; STE 210, art. 78 ch. 2.

58 Déclaration de l'Espagne relative à la Convention STE 210.

C. Un critère essentiel pour la compétence suisse en droit privé

Domaine voisin du droit de la compétence pénale, le droit international privé suisse se fonde essentiellement sur le critère du domicile et de la résidence habituelle pour établir la compétence, internationale et interne, des tribunaux suisses. Ainsi, la Convention de Lugano⁵⁹ s'applique aux questions de compétence internationale en matière civile et commerciale lorsque le défendeur est domicilié dans un Etat partie à la Convention. La règle générale posée par cette Convention est celle d'une compétence internationale des tribunaux de l'Etat où le défendeur est domicilié⁶⁰, sous réserve d'une éventuelle prorogation de compétence⁶¹ par les parties. Une compétence spéciale, alternative, peut venir s'y ajouter⁶². Le critère du domicile du défendeur constitue «le pivot du régime»⁶³.

En règle générale, une interprétation uniforme des notions utilisées par la Convention de Lugano est assurée par la Cour de Justice de l'Union européenne et ne renvoie pas au droit du juge saisi⁶⁴. Tel n'est toutefois pas le cas s'agissant de la notion de domicile: pour savoir si une personne a son domicile sur le territoire d'un Etat, la Convention désigne le droit de cet Etat⁶⁵. Le problème qui se pose alors est celui de l'absence de définition internationalement acceptée, des divergences manifestes entre les législations internes ayant été soulignées par la doctrine⁶⁶. En particulier, des différences notables existent s'agissant des éléments pris en considération pour déterminer l'existence d'un domicile, ce autant entre les Etats de tradition civiliste et ceux de *Common Law*, des changements de domicile ainsi que la question de savoir si une personne peut avoir plusieurs domiciles. Pour y remédier, une tentative d'unification a été opérée au sein du Conseil de l'Europe dans les années 1970. Toutefois, la résolution adoptée⁶⁷, dépourvue d'effet contraignant, n'a pas conduit les Etats à adapter leurs législations en conséquence⁶⁸. Il existe cependant des conventions sectorielles portant sur l'unification des règles de conflit qui adoptent une définition commune du domicile: en matière de reconnaissance

59 CL (RS 0.275.12).

60 Art. 2 CL.

61 Art. 17–18 CL.

62 Art. 5 CL.

63 ANDREAS BUCHER/ANDREA BONOMI, *Droit international privé*, 3^e éd., Bâle 2013, N 70.

64 BUCHER/BONOMI (note 63), N 62.

65 Art. 59 CL, soit pour la Suisse, l'art. 20 LDIP, voir BUCHER/BONOMI (note 63), N 91; DENIS MASMEJAN, *La localisation des personnes physiques en droit international privé: étude comparée des notions de domicile, de résidence habituelle et d'établissement*, en droit suisse, français, allemand, anglais, américain et dans les Conventions de La Haye, Thèse Lausanne 1993, p. 78.

66 FRANÇOIS BOHNET/SIMON OTHENIN-GIRARD, *Le for du domicile et de la résidence habituelle: comparaison des régimes de la LDIP et de la LFors*, SJ 2001 II, p. 139-167, p. 141 ss; MASMEJAN (note 65), p. 43. Pour une analyse comparatiste de l'application du principe du domicile/résidence habituelle en droit civil, voir AKEHURST (note 6), p. 172 ss.

67 Résolution 72(1), 18.1.1972, du Conseil de l'Europe relative à l'unification des concepts juridiques de «domicile» et de «résidence». Pour une critique, voir MASMEJAN (note 65), p. 46 ss.

68 Voir BOHNET/OTHENIN-GIRARD (note 66), note 18.

et d'exécution des décisions judiciaires entre la Suisse et l'Italie, le domicile se définit comme le lieu, dans l'un de ces deux Etats, où la personne réside avec l'intention de s'établir ou, à défaut, le lieu où se trouve, dans l'un de ces deux Etats, le siège principal de ses intérêts⁶⁹.

Par ailleurs, la Constitution garantit la compétence des tribunaux civils suisses du domicile du défendeur⁷⁰. C'est ainsi que le législateur a accordé au critère du domicile une place centrale dans la LDIP⁷¹, applicable dans tous les cas présentant un élément d'extranéité, et a fait du domicile du défendeur le critère de rattachement ordinaire⁷², prévalant sur la nationalité⁷³. Les notions de domicile et de résidence habituelle au sens du droit international privé sont indépendantes du droit interne et les définitions contenues dans ce dernier ne peuvent lui être transposées⁷⁴. Cependant, la définition du domicile du droit international privé reprend les termes des anciennes dispositions du CC⁷⁵. Ainsi, le Tribunal fédéral a précisé que, dans l'interprétation de la notion de domicile d'une personne, il y a lieu de «s'inspirer très étroitement de celle du droit civil»⁷⁶, la doctrine précisant tout de même que cette interprétation n'a pas à être identique⁷⁷.

Le domicile se définit ici comme le lieu où la personne «réside avec l'intention de s'établir»⁷⁸ et comporte deux éléments, l'un objectif, à savoir la présence physique de la personne, l'autre subjectif, consistant en l'intention d'y demeurer durablement⁷⁹. Ce n'est pas tant la durée du séjour qui est pertinente pour déterminer si la personne a un domicile au lieu où elle réside, mais plutôt la perspective de la durée⁸⁰. Parfois, le critère du domicile est renforcé par l'adjonction d'une durée minimale dans le but d'éviter le *forum shopping*⁸¹: en

69 RS 0.276.194.541, art. 12. Voir BOHNET/OTHENIN-GIRARD (note 66), p. 143.

70 Art. 30 al. 2 Cst., qui précise toutefois que la loi peut prévoir un autre for.

71 Message LDIP, 10.11.1982, FF 1983 I p. 255, p. 305; BOHNET/OTHENIN-GIRARD (note 66), p. 139. Lorsque la LDIP trouve application, elle écarte les règles du CPC (art. 2 CPC).

72 Voir l'art. 2 LDIP, qui ne s'applique que s'il n'y a aucune disposition spéciale, d'où sa portée résiduelle et son caractère symbolique, BOHNET/OTHENIN-GIRARD (note 66), p. 141. Le critère du domicile, subsidiairement de la résidence habituelle, est également le critère premier s'agissant de la détermination du droit applicable.

73 FRANÇOIS KNOEPFLER/PHILIPPE SCHWEIZER/SIMON OTHENIN-GIRARD, Droit international privé suisse, 3^e éd., Berne 2004, N 446; ANDREAS BUCHER, CR-LDIP/CL, Bâle 2011, art. 20-24 LDIP N 2.

74 Art. 20 al. 2 *in fine* LDIP. Sous réserve des conventions internationales prévoyant une autre définition.

75 Art. 23 CC. Le Conseil fédéral proposait une définition différente, se référant à une notion objective visant le centre des intérêts de la personne, Message LDIP (note 71), p. 307; BUCHER (note 73), art. 20 LDIP N 1.

76 ATF 120 III 7, c. 2a.

77 BUCHER (note 73), art. 20 LDIP N 11.

78 Art. 20 al. 1 let. a LDIP.

79 Voir p.ex. TF, 14.5.2012, 5A_609/2011, c. 4.2.3.

80 TF, 22.5.2005, 5A.34/2004, c. 3.2; TF, 5.4.2012, 5A_659/2011, c. 2.3.

81 KNOEPFLER/SCHWEIZER/OTHENIN-GIRARD (note 73), N 439.

matière de divorce, l'un des critères pertinents est le lieu du domicile du demandeur pour autant qu'il ait résidé en Suisse depuis au moins un an⁸². Des absences répétées ne sont pas à même de supprimer un domicile, une présence régulière n'étant pas déterminante. Toutefois, si le domicile n'est qu'artificiel, le critère perd sa raison d'être, le but étant de désigner l'endroit avec lequel la personne a les liens les plus étroits⁸³. Un domicile fictif n'est donc pas considéré comme un critère de rattachement au sens du droit international privé. Le caractère illégal du séjour en Suisse ne suffit pas pour nier un domicile en Suisse⁸⁴, tout comme l'existence d'un permis de séjour n'est qu'un indice de domicile⁸⁵.

Pour que la condition de l'intention de s'établir soit remplie, il faut que «la personne adopte un comportement consistant à créer ou à conserver en un certain lieu ou pays le centre de ses relations personnelles et professionnelles»⁸⁶. L'analyse de cette condition revient à localiser le «centre de vie» ou «centre des intérêts»⁸⁷: il s'agit «de déterminer le lieu ou le pays par rapport auquel la personne réunit un maximum d'éléments de localisation concernant sa vie personnelle, sociale et professionnelle, de sorte que l'intensité des liens avec ce centre l'emporte sur les liens existants, le cas échéant, avec d'autres endroits ou pays»⁸⁸. La notion de l'intention de s'établir est dite objectivée⁸⁹, en ce sens que la volonté de la personne⁹⁰ ne suffit pas: encore faut-il qu'elle soit perceptible pour les tiers. Lorsque le centre des relations personnelles et sociales se trouve en un lieu, mais que les intérêts professionnels se trouvent ailleurs, le premier prévaut en principe⁹¹.

Le lieu de résidence habituelle, quant à lui, se définit comme celui où la personne «vit pendant une certaine durée, même si cette durée est de prime abord limitée»⁹². A la différence du domicile, la résidence habituelle consiste davantage en la présence de la personne dans l'Etat en question, présence qui doit avoir une certaine durée⁹³. A ce propos, le Tribunal fédéral a indiqué qu'il faut y voir l'exigence d'une «période prolongée»⁹⁴, même s'il est d'emblée prévu qu'elle ne durera pas au-delà d'un temps déterminé à l'avance. Pour satisfaire la condition posée par l'adjectif «habituelle», la résidence doit impliquer l'éta-

82 Art. 59 let. b LDIP.

83 Message LDIP (note 71), p. 308; BOHNET/OTHENIN-GIRARD (note 66), p. 145 et les références citées.

84 TF, 14.5.2012, 5A_609/2011, c. 4.2.4 et les références citées.

85 BUCHER (note 73), art. 20 LDIP N 28.

86 Message LDIP (note 71), p. 309; BUCHER (note 73), art. 20 LDIP N 21.

87 ATF 120 III 7, c. 2; ATF 125 III 100, c. 3.

88 BUCHER (note 73), art. 20 LDIP N 21. TF, 18.2.2003, 5C.56/2002, c. 4.2.1.

89 Message LDIP (note 71), p. 306 s.; ATF 97 II 1, c. 3; ATF 119 II 65, c. 2b/aa. BUCHER/BONOMI (note 63), N 84 et 596.

90 Le Message LDIP (note 71), p. 306 s., parle à ce titre d'«états d'âme».

91 TF, 22.4.2005, 5A.34/2004, c. 3.1.

92 Art. 20 al. 1 let. b LDIP.

93 TF, 10.9.2012, 5A_550/2012, c. 3.3.1, SJ 2013 I, p. 25, et les références citées.

94 ATF 117 II 334, c. 4a.

blissement de certaines relations personnelles ou professionnelles. Le Tribunal fédéral insiste sur les éléments externes davantage que sur les aspects subjectifs, dont la volonté de la personne, mais la détermination du centre des intérêts reste importante⁹⁵. En ce sens, les notions de domicile et de résidence habituelle sont très proches et coïncident dans la plupart des cas⁹⁶. Le critère de la résidence habituelle ne trouve application en général que lorsque celui du domicile ne peut être utilisé du fait de l'absence d'un domicile⁹⁷.

La doctrine est partagée sur le fait de savoir si une personne peut avoir, à la fois, plusieurs résidences habituelles. Les partisans du caractère unique justifient leur position par l'unicité du domicile posée par la loi: dans la mesure où la résidence habituelle vient combler l'absence de domicile, elle doit également être soumise à la condition de l'unicité⁹⁸. Ses détracteurs considèrent en revanche, suivant la position du Conseil fédéral, que la loi ne pose l'exigence d'unicité que s'agissant du domicile et non pas de la résidence habituelle, une personne pouvant avoir simultanément un domicile et une résidence habituelle, voire plusieurs résidences habituelles en des lieux différents⁹⁹.

Le domicile ou la résidence habituelle doivent exister au moment du procès¹⁰⁰, étant précisé que les conditions de ce dernier doivent être réalisées au plus tard au moment du jugement¹⁰¹. Si le critère permettant l'établissement de la compétence est rempli une fois dès le premier acte nécessaire pour l'introduction d'instance, la règle de la *perpetuatio fori* implique que cette condition est acquise pour toute la durée de la procédure.

D. Un critère connu du droit suisse en matière pénale

I. En matière de procédure

La résidence et le domicile sont des éléments connus du droit de procédure, tant pénale qu'administrative en lien avec une procédure pénale (droit de l'entraide internationale en matière pénale). En procédure pénale, les communications entre les autorités et la personne concernée ont lieu par le biais de la notification des actes au lieu de domicile ou de la résidence habituelle¹⁰², sans qu'un de ces

95 KNOEPFLER/SCHWEIZER/OTHENIN-GIRARD (note 73), N 451.

96 Tel est le cas à l'exception notoire du travailleur saisonnier, voir TF, 14.05.2012, 5A_609/2011, c. 4.2.4 et les références citées; BUCHER (note 73), art. 20 LDIP N 8.

97 BUCHER (note 73), art. 2 LDIP N 3.

98 BUCHER (note 73), art. 20 LDIP N 37 et les références citées.

99 Message LDIP (note 71), p. 309; BOHNET/OTHENIN-GIRARD (note 66), p. 150 s. et les références citées.

100 Pour les détails, voir BUCHER (note 73), art. 2-12 LDIP N 29.

101 ATF 116 II 209, c. 2.

102 Art. 87 al. 1 CPP.

lieux soit prioritaire¹⁰³, étant précisé qu'il est possible d'indiquer à l'autorité une adresse de notification qui n'est ni celle du domicile ni celle du lieu de résidence¹⁰⁴. Si une personne a son domicile ou sa résidence habituelle à l'étranger, elle doit élire un domicile de notification en Suisse¹⁰⁵, sous réserve des accords internationaux permettant une notification directe. La notion de domicile doit être comprise au sens du CC et se définit comme le lieu où la personne réside avec l'intention de s'établir¹⁰⁶. Quant à la résidence habituelle, celle-ci est généralement définie en lien avec le CPC¹⁰⁷, d'après lequel une personne a sa résidence habituelle au lieu où elle vit pendant une certaine durée, même si cette durée est, de prime abord, limitée. Le lieu de détention peut être constitutif de résidence habituelle¹⁰⁸, impliquant par là que le droit de procédure pénale n'exige pas que la résidence soit volontaire et accentuant le caractère pratique de la notion.

Dans le domaine de l'entraide internationale en matière pénale, les décisions doivent être adressées aux personnes disposant de la qualité pour recourir soit à leur domicile en Suisse, soit, si elles résident à l'étranger, au domicile élu en Suisse, la possibilité de procéder à une telle élection devant être effectivement offerte par l'autorité¹⁰⁹, sous réserve d'un accord international permettant une notification directe à l'étranger. De plus, comme mentionné en introduction à la présente contribution, la qualité pour recourir contre la décision par laquelle la Suisse demande à un Etat étranger d'assumer l'exécution d'un jugement ou la poursuite pénale sur délégation n'est accordée qu'à la personne poursuivie qui «réside habituellement» en Suisse¹¹⁰. Cette restriction a été ajoutée lors de la révision de l'EIMP afin d'éviter que la personne inculpée ou condamnée dans l'Etat requis puisse recourir, «ce qui entraînerait des ralentissements inutiles de la procédure d'entraide»¹¹¹ d'après le Conseil fédéral. Il ressort de la jurisprudence tant du Tribunal pénal fédéral que du Tribunal fédéral que la rési-

103 ALAIN MACALUSO/GUILLAUME TOFFEL, Art. 87 CPP, in: André Kuhn/Yves Jeanneret, CR-CPP, Bâle 2011, N 2.

104 ATF 139 IV 228, c. 1.1; CHRISTIAN DENYS, Ordonnance pénale: questions choisies et jurisprudence récente, SJ 2016 II, p. 125-139, p. 126.

105 Art. 87 al. 2 CPP.

106 Art. 23 CC. MACALUSO/TOFFEL (note 103), N 4-5; DANIELA BRÜSCHWEILER, Art. 87 CPP, in: Andreas Donatsch/Thomas Hansjakob/Victor Lieber (éd.), Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO), 2^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2014, N 1.

107 Art. 11 CPC. MACALUSO/TOFFEL (note 103), N 7, qui se réfèrent à la LFor, abrogée et remplacée par le CPC.

108 MACALUSO/TOFFEL (note 103), N 8.

109 Art. 80m al. 1 EIMP, voir ROBERT ZIMMERMANN, La coopération judiciaire internationale en matière pénale, 4^e éd., Berne 2014, N 318. A propos de l'absence de notification de la décision de délégation de la poursuite à la personne détenue à l'étranger, voir ZIMMERMANN, *op. cit.*, N 748 note 79 et les références citées.

110 Art. 25 al. 2 *in fine* EIMP. Le recours est toutefois ouvert dans le cas particulier où la personne affirme que la délégation de la poursuite est un cas d'entraide déguisée, voir TF, 26.4.2000, 1A.117/2000.

111 Message révision EIMP, 29.3.1995, FF 1995 III p. 1, p. 20.

dence «habituelle» est synonyme de résidence «ordinaire»¹¹², mais doit être distinguée du «domicile»¹¹³. La notion doit être interprétée «pour elle-même» indépendamment de celles utilisées en droit civil ou en procédure pénale¹¹⁴. Il n'est pas important de savoir si la personne réside dans l'Etat auquel la demande d'exécution ou de délégation est adressée ou dans un Etat tiers: seule se pose la question de la résidence en Suisse¹¹⁵. La personne détenue en Suisse aux seules fins d'extradition et de délégation de la poursuite ne peut prétendre à une résidence en Suisse, une telle interprétation de la notion étant contraire au but poursuivi par la norme¹¹⁶. La légalité du séjour en Suisse ne semble pas pertinente, le Tribunal pénal fédéral ayant laissé ouverte la question de savoir si un prévenu, détenu aux fins d'extradition et de délégation de la poursuite, qui avait habité «par intermittence en Suisse et en France depuis une dizaine d'années», sans titre de séjour et faisant l'objet d'une interdiction d'entrée sur le territoire, disposait d'une résidence en Suisse¹¹⁷.

II. En matière de compétence interne

Sous l'empire de l'ancien droit, la compétence interne des autorités pénales suisses, ou for pénal¹¹⁸, se déterminait, pour les infractions commises à l'étranger, en premier lieu sur la base du critère de la «résidence»¹¹⁹. A cet égard, le Tribunal fédéral a précisé que la résidence correspondait au «*Mittelpunkt des Lebens*» du prévenu¹²⁰, soit le point central de son existence, à savoir, en général, le lieu où il a un logement pour lui et sa famille ou celui où il passe

112 TF, 19.11.2015, 1C_595/2015, c. 1.2.1; TF, 19.6.2013, 1C_525/2013, c. 2; TPF, 7.5.2013, RR.2013.44, c. 1.3.2.

113 Voir TF, 19.11.2015, 1C_595/2015, c. 1.2.2 et SJ 2001 I, p. 370, 23 avril 2001, c. 1b, qui ne donnent toutefois aucune précision à ce sujet.

114 TF, 19.6.2013, 1C_525/2013, c. 2. A noter toutefois que le Tribunal fédéral cite immédiatement après une référence liée au CPP.

115 TF, 23.4.2001, SJ 2001 I, p. 370, c. 1c/cc.

116 TPF, 7.5.2013, RR.2013.44, c. 1.3.2. Voir aussi TF, 19.6.2013, 1C_525/2013, c. 2; ZIMMERMANN (note 109), N 748 note 78.

117 TPF, 7.5.2013, RR.2013.42, c. 1.3.2.

118 Etant précisé que l'art. 32 CPP sert à déterminer le for non seulement de la poursuite initiée spontanément en Suisse, mais également celle déléguée par un Etat étranger au sens des art. 85 ss EIMP ou encore le for pour l'exécution d'une procédure en vertu des art. 94 ss EIMP (voir art. 105 EIMP). YVAN JEANNERET/ANDRÉ KUHN, Précis de procédure pénale, Berne 2013, N 3019; ZIMMERMANN (note 109), N 743; THOMAS FINGERHUTH/VICTOR LIEBER, Art. 32 CPP, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber (note 106), N 3.

119 Art. 342 al. 1 aCP. A défaut, le critère du lieu d'origine, subsidiairement celui de l'appréhension de l'auteur qui permet de déterminer le for. Si l'auteur a été extradé vers la Suisse, les autorités cantonales requérantes sont compétentes pour mener la poursuite (art. 342 al. 1 *in fine* et al. 2 aCP). Cette hiérarchie des fors a été reprise par le droit actuellement en vigueur (voir art. 32 al. 2 et 3 CPP).

120 ATF 97 IV 146, c. 3, JdT 1972 IV 77; ERHARD SCHWERI/FELIX BÄNZIGER, Interkantonale Gerichtsstandsbestimmung in Strafsachen, 2^e éd., Berne 2004, N 212.

généralement la nuit¹²¹. La définition s'inspire ainsi de la notion idoine du droit civil, tout en lui apportant des éléments spécifiques d'ordre pragmatique¹²². Il est indifférent de savoir si le prévenu a, à la fois, un ou plusieurs lieux de résidence en Suisse et à l'étranger et la légalité de la résidence n'est pas davantage pertinente¹²³. Le moment déterminant pour décider si la personne dispose d'une résidence en Suisse est celui où les autorités pénales suisses ont connaissance des faits¹²⁴: ce n'est qu'à partir de ce moment qu'il y a lieu de décider quel canton est compétent pour la poursuite pénale¹²⁵. Un éventuel changement ultérieur n'a pas d'impact sur la compétence, la norme poursuivant principalement un but d'efficacité en ce sens que l'autorité doit pouvoir se déterminer rapidement et simplement sur sa compétence¹²⁶. La compétence des autorités pénales du lieu de résidence se justifie en tant que ces autorités sont «les plus proches» de la personne poursuivie¹²⁷.

Lors de l'adoption du CPP, le terme «résidence» a été complété par l'adjonction de l'adjectif «habituelle» et le critère du domicile a été ajouté¹²⁸, étant précisé que ces critères ne correspondent pas nécessairement à ceux utilisés en droit civil ni au lieu d'établissement du droit constitutionnel¹²⁹. La définition de la «résidence» de l'ancien droit est utilisée désormais pour le domicile¹³⁰. Force est de constater ainsi que le CPP contient deux définitions des mêmes termes de «résidence habituelle», l'un en lien avec la notification d'actes se référant aux notions du droit civil et l'autre, davantage autonome, pour la dési-

121 ATF 76 IV 265, c. 3, JdT 1951 IV 42; ATF 119 IV 113, c. 3a, JdT 1995 IV 98.

122 STEFAN TRECHSEL/VIKTOR LIEBER, Art. 342, in: Trechsel *et al.*, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, Zurich/St-Gall 2008, N 4.

123 Voir à ce propos SCHWERI/BÄNZIGER (note 120), N 213.

124 URS BARTETZKO, Art. 32 CPP, in: Marcel Alexander Niggli/Marianne Heer/Hans Wiprächtiger (éd.), Schweizerische Strafprozessordnung, Jugendstrafprozessordnung, 2^e éd., Bâle 2014, N 3; TRECHSEL/LIEBER (note 122), N 5; SCHWERI/BÄNZIGER (note 120), N 211.

125 ATF 76 IV 265, c. 4, JdT 1951 IV 42 et ATF 119 IV 113, c. 3a, JdT 1995 IV 98, étant précisé que ces cas concernaient une poursuite pénale transmise à la Suisse.

126 ATF 119 IV 113, c. 3a, JdT 1995 IV 98; SCHWERI/BÄNZIGER (note 120), N 212.

127 ATF 76 IV 265, c. 3, JdT 1951 IV 42; ATF 119 IV 113, c. 3a, JdT 1995 IV 98.

128 «Wohnort» dans l'ancien droit; «Wohnsitz» et «gewöhnlichen Aufenthalt» dans la disposition actuellement en vigueur. Voir ANDREAS BAUMGARTNER, Die Zuständigkeit im Strafverfahren, Die Bestimmung des Gerichtsstands und das Gerichtsstandsverfahren, Zurich 2014, p. 148. Le Message CPP/CPC, 21.12.2005, FF 2006 p. 1057, p. 1118, est succinct à ce sujet. Le CPP prévoit ainsi un «forum domicilii», voir ANDREAS DONATSCH/CHRISTIAN SCHWARZENEGGER/WOLFGANG WOHLERS, Strafprozessrecht, 2^e éd, Zurich 2014, p. 87. Sur cette notion, voir HENZELIN (note 24), p. 25.

129 Art. 23 ss CC et art. 24 Cst. Voir GÉRARD PIQUEREZ/ALAIN MACALUSO, Procédure pénale suisse, 3^e éd., Genève/Zurich/Bâle 2011, N 363; NIKLAUS SCHMID, Handbuch des Schweizerischen Strafprozessrechts, 2^e éd., Zurich/St-Gall 2013, N 457; FINGERHUTH/LIEBER (note 118), N 5. Sous l'ancien droit, voir ATF 97 IV 146, c. 3, JdT 1972 IV 77 et SCHWERI/BÄNZIGER (note 120), N 212 et 213. A propos de l'introduction, dans l'ancien droit, de la seule notion de «Wohnort» et non de «Wohnsitz» – terme utilisé en droit civil, voir ATF 76 IV 265, c. 3, JdT 1951 IV 42.

130 Voir FINGERHUTH/LIEBER (note 118), N 5.

gnation du for. S'agissant du nouveau droit, le Tribunal pénal fédéral a précisé que le dernier domicile connu du prévenu ne peut être retenu pour déterminer le for, «(c)ela d'autant plus lorsque (le prévenu) a quitté ce domicile avant que la plainte n'ait été déposée»¹³¹, reprenant ainsi la pratique du Tribunal fédéral sous l'ancien droit et suggérant que le domicile doit exister à tout le moins au moment du dépôt de la plainte.

En matière de droit pénal administratif, le tribunal compétent pour juger, le cas échéant¹³², le prévenu est celui désigné par les dispositions pertinentes en matière de procédure pénale ou le tribunal du domicile du prévenu¹³³. Le choix du for judiciaire appartient à l'administration¹³⁴.

S'agissant des infractions commises par les mineurs, la résidence est le critère essentiel pour déterminer le for de la poursuite¹³⁵, en tant qu'il correspond à la «finalité éducatrice et protectrice» de cette branche particulière du droit pénal¹³⁶. Les termes «domicile» et «résidence à long terme» contenus dans les dispositions de l'ancien droit¹³⁷ ont été remplacés par la formulation «résidence habituelle», sans pour autant changer de signification: est visé le centre de vie du mineur, soit le lieu avec lequel il a les liens les plus étroits¹³⁸, au moment de la poursuite¹³⁹. Ainsi, sont en principe compétentes les autorités du lieu de résidence habituelle du mineur au moment de l'ouverture de la procédure, y compris lorsque les faits se sont déroulés en un autre lieu en Suisse¹⁴⁰. La résidence habituelle doit être distinguée du domicile légal du mineur en tant que ces deux endroits ne coïncident pas toujours¹⁴¹. Elle se définit comme l'endroit où le mineur séjourne et où se trouve le point central de son existence¹⁴². Ce n'est qu'en l'absence de résidence habituelle en Suisse qu'entrent en considération les

131 TPF, 11.1.2016, BG.2015.44, c. 3.3; TPF, 2.8.2012, BG.2012.14, c. 3.4.

132 Pour déterminer quelles affaires doivent être déferées à un tribunal, voir art. 21 DPA.

133 Art. 22 al. 1 DPA. Message DPA, 21.4.1971, FF 1971 I p. 1017, p. 1032; ANDREAS EICKER/FRANK FRIEDRICH/JONAS ACKERMANN, *Verwaltungsstrafrecht und Verwaltungsstrafverfahrensrecht*, Berne 2012, p. 272; KURT HAURI, *Verwaltungsstrafrecht (VStrR)*. Motive, Doktrin, Rechtsprechung, Berne 1998, p. 70; DONATSCH/SCHWARZENEGGER/WOHLERS (note 128), p. 90.

134 Art. 22 al. 1 *in fine* DPA.

135 Voir PETER AEBERSOLD, *Schweizerisches Jugendstrafrecht*, 2^e éd., Berne 2011, p. 247.

136 YVAN JEANNERET, *Aperçu général du nouveau droit*, in: François Bohnet (éd.), *Le nouveau droit pénal des mineurs*, Neuchâtel 2007, p. 1-35, N 84.

137 Art. 372 ch. 1 aCP.

138 SCHWERI/BÄNZIGER (note 120), N 345.

139 SCHWERI/BÄNZIGER (note 120), N 343-344.

140 Art. 10 al. 1 PPMIn, à l'exception des contraventions, poursuivies en principe au lieu de commission, art. 10 al. 3 PPMIn. CHRISTOPH HUG/PATRIZIA SCHLÄFLI, Art. 10 PPMIn, in: Niggli/Heer/Wiprächtiger (note 124), N 3; ANDRÉ KUHN, *La procédure pénale pour mineurs*, in: Yvan Jeanneret/André Kuhn (éd.), *Procédure pénale suisse. Approche théorique et mise en œuvre cantonale*, Neuchâtel 2010, N 73. Voir toutefois SCHWERI/BÄNZIGER (note 120), N 348, qui considèrent que la résidence habituelle au moment de la décision ou de l'exécution de la mesure peut être prise en compte.

141 Voir, pour des exemples, HUG/SCHLÄFLI (note 140), N 4; SCHWERI/BÄNZIGER (note 120), N 346-347.

142 HUG/SCHLÄFLI (note 140), N 3.

critères du lieu de commission et, subsidiairement, le lieu d'origine puis, à défaut, le lieu d'appréhension¹⁴³.

III. En matière de compétence internationale

1. *La résidence comme élément limitant l'exercice de la compétence pénale*

Le critère de la résidence apparaît dans le droit de la compétence pénale comme facteur limitant l'exercice de cette dernière. Tel est notamment le cas en matière de compétence découlant du droit de l'entraide. En effet, en sus des principes de compétence prévus par le CP, le droit suisse prévoit une compétence pénale subsidiaire lorsque la poursuite a lieu sur délégation de l'Etat territorial¹⁴⁴. L'exercice de la compétence est alors en principe soumis à la condition que l'extradition soit exclue¹⁴⁵. Toutefois, une délégation de poursuite peut être acceptée alors même qu'une extradition serait possible dans le cas particulier du prévenu étranger résidant habituellement sur sol helvétique lorsqu'une extradition n'est pas souhaitable du fait de sa situation personnelle et d'expectatives de resocialisation¹⁴⁶. La doctrine renvoie aux règles applicables à la compétence en matière civile s'agissant de la définition de la résidence habituelle¹⁴⁷. La notion s'apprécie au moment où la demande de délégation est adressée à la Suisse, mais n'a pas à être donnée au moment de la commission de l'infraction¹⁴⁸. Le critère de la résidence habituelle couplé à des exigences d'opportunité permet alors de déroger à la subsidiarité de la délégation par rapport à l'extradition et est une condition de l'exercice de la compétence découlant de la délégation.

En matière de droit pénal des mineurs, l'autorité suisse peut se charger d'une poursuite sur requête de l'Etat étranger, notamment si le prévenu mineur a sa résidence habituelle en Suisse ou s'il est de nationalité suisse¹⁴⁹. Ainsi, les critères de la nationalité et de la résidence habituelle sont mis sur pied d'égalité et limitent les cas dans lesquels la Suisse peut accepter une délégation de poursuite.

Finalement, il y a lieu de rappeler que le critère de la résidence habituelle a fait une brève apparition dans les discussions entourant la révision de la partie générale du CP. Dans son projet, le Conseil fédéral proposait l'insertion de ce

143 Art. 10 al. 2 PPMIn.

144 Art. 85 EIMP.

145 Voir MARIA LUDWICZAK, La délégation internationale de la compétence pénale, Genève/Zurich/Bâle 2013, N 381 ss. A noter que, lorsque la Suisse est l'Etat délégant, l'art. 88 EIMP prévoit que la poursuite peut être déléguée notamment si la personne réside dans l'Etat délégataire, son extradition à la Suisse étant inopportune ou exclue.

146 Art. 85 al. 2 EIMP.

147 Art. 11 CPC et art. 20 al. 1 LDIP, voir LEA UNSELD, Art. 85 EIMP, in: Marcel Alexander Niggli/Stefan Heimgartner (éd.), Internationales Strafrecht, Bâle 2015, N 25.

148 UNSELD (note 147), N 25, et les références citées.

149 Art. 10 al. 4 PPMIn; HUG/SCHLÄFLI (note 140), N 10.

critère comme élément limitant l'exercice de la compétence universelle pour les infractions d'ordre sexuel commises à l'étranger sur des mineurs¹⁵⁰. Cette compétence n'implique pas de prise en considération du droit du lieu de commission, ni sous la forme de la double incrimination, ni sous celle de la *lex mitior*, le but étant de poursuivre des infractions particulièrement abjectes relevant du «tourisme dit sexuel, qui a pris des proportions inquiétantes dans divers pays»¹⁵¹, indépendamment du fait de savoir si l'Etat de commission a criminalisé de tels actes. Le Conseil fédéral a toutefois exposé avoir des «scrupules de droit international public» à établir une compétence universelle aussi large, à défaut d'un accord international offrant un fondement adéquat¹⁵², et proposait l'insertion de la condition d'une résidence habituelle de l'auteur en Suisse afin de créer un lien justifiant l'exercice de pouvoir répressif.

Le Message faisait référence aux droits autrichien et allemand qui connaissent le critère de la résidence comme limitation de l'exercice de la compétence pénale¹⁵³. En effet, la «*Lebensgrundlage*» en Allemagne est nécessaire pour la compétence personnelle active fondée sur la nationalité allemande de l'auteur et portant sur des infractions déterminées, lorsque la compétence ne tient pas compte du droit étranger¹⁵⁴. De même, en droit autrichien¹⁵⁵, s'agissant de certaines infractions telles le viol, les mutilations d'organes génitaux ou les infractions d'ordre sexuel commises contre des mineurs, il n'est pas tenu compte de la question de savoir si les faits sont incriminés dans l'Etat territorial, notamment lorsque l'auteur ou la victime est de nationalité autrichienne ou a sa résidence habituelle en Autriche.

La notion de résidence proposée par le Conseil fédéral s'inspirait du droit international privé et du droit de l'entraide en matière pénale. Elle visait à permettre la poursuite des personnes résidant en Suisse, qu'elles soient de nationalité suisse ou titulaires d'une «autorisation de résidence»¹⁵⁶, posant ainsi une exigence de légalité du séjour. Elle incluait également celles qui étaient provisoirement accueillies en Suisse comme réfugiés ou qui vivaient en Suisse comme demandeurs d'asile, dès lors que ces personnes sont considérées avoir leur domicile en Suisse¹⁵⁷. En revanche, les personnes qui n'étaient que de passage en Suisse, notamment les touristes, tout comme celles qui y résidaient brièvement ou illégalement devaient être exclues du champ d'application de

150 Art. 5 CP. D'après HENZELIN (note 24), p. 25 note 100, le projet d'art. 5 CP était un cas d'«extension du principe de la personnalité active de la résidence».

151 Message nCP, 21.9.1998, FF 1999 II p. 1787, p. 1800.

152 Message nCP (note 151), p. 1802.

153 Message nCP (note 151), p. 1802, note 15.

154 Notamment Code pénal allemand, § 5.9 et 9a. Voir FRANK MEYER, Country Report Germany, in: Böse/Meyer/Schneider (note 10), p. 141-185, p. 151.

155 Code pénal autrichien, § 64 al. 1 ch. 4a.a.

156 Octroyée en vertu de la LSEE, remplacée par la LEtr (RS 142.20) ou la LAsi du 5.10.1979, remplacée par la LAsi du 26.6.1998 (RS 142.31).

157 Message nCP (note 151), p. 1802.

cette disposition. La poursuite devait prioritairement avoir lieu dans l'Etat territorial, la compétence suisse ne jouant qu'un rôle de suppléant lorsque l'auteur n'était pas extradé¹⁵⁸.

Cette limitation de l'exercice de la compétence a toutefois été refusée par le Parlement, la Commission parlementaire ayant expliqué aller ainsi « encore plus loin que le Conseil fédéral [...] », une telle « nouveauté représent(ant) une mesure de plus dans le combat mené contre les abus sexuels envers les enfants »¹⁵⁹ et se justifiant au regard de la gravité des infractions en cause¹⁶⁰. C'est en définitive une compétence « autonome ou radicale », indépendante de savoir où se trouve le « *Lebensmittelpunkt* » de l'auteur¹⁶¹, qui a été adoptée, donnant lieu à des critiques de la doctrine¹⁶².

2. *La résidence comme critère de rattachement*

Il doit encore être relevé que la Suisse connaît une compétence pénale fondée sur la seule résidence habituelle. En effet, les personnes au bénéfice de l'asile politique qui résident en Suisse doivent, à teneur du droit international en vigueur, jouir du même traitement que les ressortissants s'agissant de l'accès aux tribunaux¹⁶³. Ainsi, si un réfugié politique est victime d'une infraction commise à l'étranger, la Suisse sera compétente sur la base du principe de la personnalité passive¹⁶⁴, le critère de la résidence venant se substituer à celui de la nationalité. Tel est également le cas des personnes apatrides¹⁶⁵, qui ne sont, par définition, au bénéfice d'aucune nationalité.

158 Message nCP (note 151), p. 1802.

159 BO CE 1999 p. 1104, C. Brunner pour la commission, séance du 14 décembre 1999.

160 BO CN 2001 p. 539-540, D. Vallender pour la commission, séance du 6 juin 2001.

161 SABINE GLESS, *Internationales Strafrecht. Grundriss für Studium und Praxis*, 2^e éd., Bâle 2015, § 186.

162 Voir URSULA CASSANI, Art. 5, in: Robert Roth/Laurent Moreillon (éd.), *CR-CP I*, Bâle 2009, N 17 ss; URSULA CASSANI/ROBERT ROTH, Le juge suisse au service de la « communauté des peuples »?: réflexions à propos des nouveaux articles 3 à 8 CP, in: Andreas Donatsch/Marc Forster/Christian Schwarzenegger (éd.), *Strafrecht, Strafprozessrecht und Menschenrechte: Festschrift für Stefan Trechsel zum 65. Geburtstag*, Zurich/Bâle/Genève 2002, p. 449-475, en particulier p. 457 ss.

163 Art. 16 ch. 2 de la Convention relative au statut des réfugiés, conclue à Genève en 1951, RS 0.142.30. Voir MARC HENZELIN, Art. 7 CP, in: Roth/Moreillon (note 162), N 14.

164 Art. 7 al. 1 CP.

165 Art. 16 ch. 2 de la Convention relative au statut des apatrides, conclue à New York en 1954, RS 0.142.40.

E. Vers une compétence pénale fondée sur le domicile/la résidence: réflexions de *lege ferenda*

En nous appuyant sur un cas d'application des plus simples, nous discuterons de la définition qui pourrait être donnée au critère du domicile/de la résidence ainsi que de la place que devrait prendre ce critère de rattachement parmi les principes de compétence préexistants.

I. Opportunité d'une poursuite au lieu de résidence: un cas d'application

Soit les époux X. et Y., tous deux de nationalité de l'Etat européen A., établis depuis 20 ans à Genève, parents de deux enfants mineurs, tous scolarisés dans le canton. Au cours d'un week-end dans l'Etat européen B., une dispute éclate entre les époux dans leur chambre d'hôtel. Monsieur X. frappe brutalement son épouse. A leur retour en Suisse, l'ambiance au sein du couple ne s'améliore pas, même si plus aucun acte de violence ne survient. Après réflexion, Madame Y. décide de dénoncer les faits au poste de police de quartier.

En l'état actuel du droit suisse, aucune compétence prévue par le CP n'est donnée. Madame Y. sera tout au plus invitée à déposer plainte dans l'Etat B., ce qui, au vu des difficultés concrètes qui se poseront, suffira vraisemblablement à la décourager. L'auteur ne sera pas inquiété (hypothèse 1). Si toutefois les faits sont signalés à l'Etat B., Monsieur X. pourrait être poursuivi dans cet Etat et jugé, en étant éventuellement extradé (hypothèse 2), à moins que la Suisse ne se voie déléguer la poursuite, pour autant que l'Etat B. connaisse l'institution de la délégation de poursuite et ne soit pas contraint, par le principe de la légalité de la poursuite, à conduire la procédure lui-même (hypothèse 3).

Dans les trois cas, la solution s'avère inappropriée. L'impunité résultant de la première hypothèse est évidemment insatisfaisante. La probabilité qu'une poursuite soit déléguée à la Suisse par l'Etat B. (hypothèse 3) est très faible, vu le rayonnement pratique limité que connaît à ce jour cette institution¹⁶⁶. Quant à la poursuite dans l'Etat B., l'on doit se demander quelle est la logique d'un tel exercice de la compétence pénale. En effet, l'ordre social de cet Etat n'est touché que de manière relative par les faits en cause. De plus, la défense des droits de la victime est fortement désavantagée à voir la poursuite se dérouler dans un Etat étranger avec lequel elle n'a aucun lien. Finalement, les droits du prévenu, poursuivi dans un Etat dont il ne parle probablement pas la langue, où il aura plus de difficultés à choisir un défenseur et à se rendre aux audiences que dans son pays de résidence, et qui ne permet aucune perspective de resocialisation si,

¹⁶⁶ Selon l'OFJ, seuls «de très rares cas» de poursuites pénales étrangères sont délégués à la Suisse sur la base des art. 85 ss EIMP, <<https://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/sicherheit/rechtshilfe/straf-sachen/strafverfolgung.html>> (état au 17.10.2016).

par hypothèse, une peine privative de liberté venait à être prononcée, ne peuvent être assurés de manière optimale.

Une poursuite au lieu de résidence du prévenu (qui, dans notre exemple, coïncide avec le lieu de résidence de la victime) se justifierait par contre pleinement dans des cas, comme celui exposé, d'infractions de droit commun ne présentant en rien les caractéristiques d'une «cause sensationnelle qui a brisé l'ordre public et la paix sociale (au lieu de commission), une cause donc, dont le caractère exceptionnel l'a ancrée dans la mémoire des citoyens qui en attendent le jugement»¹⁶⁷.

II. Eléments de définition du critère

La véritable difficulté consiste à adopter une définition du critère du domicile/de la résidence. Le but de la compétence à raison de ce critère est de tenir compte de la réalité sociale, donc de permettre une poursuite pénale dans l'Etat avec lequel la personne a les liens les plus étroits. A cette fin, les conventions internationales analysées *supra* ne sont d'aucun secours: elles se limitent à recommander, plus rarement imposer, une compétence à raison de la résidence, sans poser ne serait-ce que l'amorce d'une définition. Sur la base de l'analyse des droits étrangers et de l'expérience du droit international privé suisse ainsi que des règles de procédure en matière de fixation du for pénal, certains éléments peuvent être identifiés, concernant notamment la condition du séjour. Nous nous proposons de lister ici les questions auxquelles le législateur et le juge devront répondre et, sans prétendre à l'exhaustivité, nous suggérons quelques pistes de réflexion.

- La volonté de s'établir: le critère justifiant la compétence pénale devrait-il être le seul élément factuel qu'est la résidence, ou devrait-il être cumulé avec un élément subjectif, à savoir la volonté de s'établir? En d'autres termes, le critère devrait-il être la résidence ou une forme de domicile? Si le but poursuivi par le fondement de compétence envisagé est de permettre une poursuite dans l'Etat auquel la personne s'apparente, une certaine intensité, allant au-delà d'une simple question de résidence, devra d'après nous être envisagée. Partant, et pour des raisons de simplification terminologique, nous désignerons le critère comme celui du domicile dans la suite de l'analyse. L'élément subjectif devra faire référence au centre de vie de la personne. Pour en juger, il sera nécessaire de tenir compte de différents facteurs (lieu de séjour de la famille, relations privées ou professionnelles, lieu où la personne passe la nuit), une éventuelle prééminence de certains facteurs sur les autres restant à déterminer.

¹⁶⁷ ENSCHEDE (note 6), p. 50.

- La perspective d’analyse: l’existence du centre des intérêts de la personne doit-elle se déterminer d’après le for intérieur de la personne en cause, mettant en avant l’aspect subjectif, ou, à l’inverse, l’analyse doit-elle être opérée depuis une perspective objective, faisant appel à la perception des tiers? Ouvrir une compétence dans l’Etat avec lequel la personne entretient des liens implique selon nous que l’élément central soit la perception de cette personne, tout en tenant compte de ce qu’elle laisse voir à son entourage.
- L’élément temporel: le séjour doit-il avoir une certaine durée minimale, éventuellement fixée par la loi? Doit-il être qualifié d’habituel, d’ordinaire, voire de permanent? Peut-il être interrompu? Un changement de canton serait-il constitutif d’une telle interruption? D’une part, rapprocher la poursuite du centre de vie de la personne implique qu’elle ait pu se créer un tel centre de vie et se familiariser avec les règles de droit existantes. Une exigence de durée, même minimale, pourrait ainsi être posée. A tout le moins, une stabilité du séjour nous semble essentielle. D’autre part, au stade de la compétence internationale, la question de savoir dans quel canton la personne réside n’est pas pertinente. Aussi, un déménagement intercantonal ne devrait-il pas interrompre la durée du séjour. Plus généralement, un déplacement passager du lieu de séjour ne devrait pas nécessairement supprimer le domicile, une personne pouvant par exemple résider pendant une certaine durée à l’étranger pour des raisons professionnelles ou dans le cadre d’un congé sabbatique sans toutefois y avoir son centre de vie.
- Le caractère légal: une personne résidant sur sol helvétique sans être au bénéfice des autorisations nécessaires, voire faisant l’objet d’une interdiction d’entrée sur le territoire, pourrait-elle être poursuivie sur la base du critère du domicile? Sans nous prononcer de manière tranchée sur la question, il est important de souligner que le domicile doit rester une notion factuelle afin de ne pas reproduire les défauts du critère de la nationalité, éloigné de la réalité sociale et ne se fondant que sur la relation administrative entre la personne et l’Etat.
- Le caractère volontaire: un séjour forcé, par exemple dans un établissement pénitentiaire, peut-il être considéré comme une résidence? La réponse à cette question sera vraisemblablement négative: retenir un séjour forcé en Suisse comme constitutif d’un domicile au sens de la compétence pénale ne nous semble pas compatible avec le fondement volontaire du critère envisagé, en tant qu’il comprend un élément intentionnel d’établissement qui n’est manifestement pas donné dans le cas du détenu.
- Le caractère effectif: une personne donnant l’apparence d’un domicile en Suisse pourrait-elle y être poursuivie, alors même qu’elle réside effectivement à l’étranger? Une réponse affirmative à cette question reviendrait à considérer la compétence suisse comme une forme de sanction à l’égard de celui qui prétend y résider et qui devra en assumer les conséquences. Toutefois, elle nous semble s’éloigner de l’objectif poursuivi par la compétence à

raison du domicile, à savoir de rapprocher la poursuite pénale du centre de vie réel de la personne.

- Le caractère unique: est-il nécessaire que, le cas échéant, le domicile constaté en Suisse soit le seul domicile de l'intéressé? Dans ce cas, la compétence suisse serait-elle limitée aux cas où la personne n'a de domicile nulle part ailleurs? Au vu de la perspective adoptée généralement par les Etats, dont la Suisse, s'agissant de la compétence internationale en matière pénale, la seule perspective suisse devrait être retenue. Ainsi, il se justifierait de n'analyser que les conditions de domicile en Suisse, sans se préoccuper de ce qu'il en est à l'étranger, au risque, partagé par les autres principes de compétence, de permettre une poursuite alors que d'autres Etats pourraient également être compétents sur la base du même critère.
- Le moment pertinent: le critère du domicile en Suisse doit-il être rempli au moment de l'infraction ou de la poursuite? Faut-il qu'il le soit tout au long de la procédure ou suffit-il qu'il soit donné à son ouverture? D'une part, le critère du domicile est, d'après nous, avant tout un critère procédural en ce sens qu'il vise à rapprocher la poursuite pénale de la personne et non pas de faire asseoir l'autorité de l'Etat suisse sur tous ses résidents, comme il le fait pour tous les actes commis sur son territoire. Aussi, il nous semble que l'existence du domicile devra être étudiée au moment de l'ouverture de la poursuite. Il faudrait néanmoins se demander s'il serait satisfaisant de poursuivre en Suisse, sur la seule base du *Domizilprinzip*, une personne qui, au moment de l'infraction commise dans un Etat tiers, résidait dans un Etat ne réprimant par hypothèse pas les faits, et qui s'est, ensuite seulement, installée en Suisse. D'autre part, une procédure pénale pouvant durer plusieurs années, faire cesser la compétence helvétique par la seule éventualité d'un déménagement à l'étranger pourrait mettre à mal l'efficacité de la justice pénale. Toutefois, la compétence à raison du domicile visant la proximité avec le centre de vie, si ce dernier est déplacé, il peut être soutenu que la compétence perd sa raison d'être. La question s'avère ainsi délicate.

III. Réflexions à propos de la place parmi les critères existants

L'introduction du domicile parmi les éléments permettant de fonder une compétence pénale implique de déterminer sa place parmi les critères existants. En particulier, au vu du fait que le domicile se rapporte en premier lieu à la personne et non à l'infraction elle-même, ce critère se rapproche du principe de la personnalité.

La compétence personnelle repose classiquement sur le critère de la nationalité, au point où une assimilation des termes peut être constatée¹⁶⁸. La raison

168 En anglais, « *nationality principle* » et « *active personality* » sont assimilés, voir p.ex. BOISTER (note 6), p. 142; CHRISTOPHER BLAKESLEY/OTTO LAGODNY, *Competing National Laws: Net-*

d'être¹⁶⁹ de cette compétence est multiple. D'une part, elle permet de pallier le problème intrinsèque au principe bien établi, tant dans les Etats de tradition civiliste que dans ceux de *Common Law*¹⁷⁰, selon lequel un Etat n'extrade pas ses ressortissants¹⁷¹. D'autre part, elle découle du pouvoir revendiqué par l'Etat sur ses nationaux¹⁷² et, parallèlement, reflète leur allégeance vis-à-vis de leur Etat¹⁷³. Finalement, elle part du présupposé que les nationaux connaissent leur droit national et, à ce titre et à la différence du principe de la territorialité¹⁷⁴, permettait, jusqu'à récemment, de faire correspondre répression et réalité sociale. Force est de constater toutefois que tel était le cas parce que l'on résidait dans son Etat national et non parce que la nationalité en tant que telle reflétait la proximité avec un Etat¹⁷⁵.

La mobilité globale a mis à mal cette adéquation: il est de plus en plus fréquent que le centre de vie d'une personne ne se situe pas dans l'Etat dont elle détient le passeport¹⁷⁶, ce d'autant dans les régions connaissant une perméabilité des frontières comme c'est le cas de l'Europe¹⁷⁷. Le critère permettant de mettre en avant le lien entre une personne et un Etat est sans doute désormais le domicile. Ce lien n'est pas de nature administrative¹⁷⁸ mais reflète davantage

work or Jungle?, in: Albin Eser/Otto Lagodny (éd.), *Principles and Procedures for a New Transnational Criminal Law*, Fribourg-en-Brisgau 1992, p. 47-100, p. 49; BANTEKAS (note 9), p. 338; BRUNO SIMMA/ANDREAS MÜLLER, *Exercise and limits of jurisdiction*, in: James Crawford/Martti Koskeniemi, *The Cambridge Companion to International Law*, Cambridge, 2012, p. 134-157, p. 141. Il en est parfois de même en français, voir NATHALIE BRAHIER, *Les principes de territorialité et de personnalité et leurs effets en droit international*, in: Laurent Moreillon/Aude Bichovsky/Maryam Massrouri (éd.), *Droit pénal humanitaire*, 2^e éd., Bâle 2008, p. 1-20, p. 2 («principe de la nationalité du délinquant (ou personnalité active)») ou encore MÖLLER (note 7), p. 122 («Principe de la nationalité»).

169 Pour un historique de l'introduction de la compétence personnelle fondée sur la nationalité, voir HENRI DONNEDIEU DE VABRES, *Les principes modernes du droit pénal international*, Paris 1928, p. 60 ss.

170 CURRIE/RIKHOF (note 6), p. 68; BANTEKAS (note 9), p. 338.

171 Voir ANGELO YOKARIS, *Les critères de compétence des juridictions nationales*, in: Hervé Ascensio/Emmanuel Decaux/Alain Pellet, *Droit international pénal*, 2^e éd., Paris 2012, p. 997-1006, p. 1002.

172 YOKARIS (note 171), p. 1001.

173 CURRIE/RIKHOF (note 6), p. 68, parlent de «*natural allegiance that is owed by an individual to his state of nationality*». BANTEKAS (note 9), p. 338.

174 Voir LEW GARDOCKI, *Transfer of Proceedings and Transfer of Prisoners as New Forms of International Co-operation*, in: Eser/Lagodny (note 168), p. 317-324, p. 323.

175 Ainsi, lorsque ENSCHEDE (note 6) plaide en 1965 pour la mise en place et l'exercice de la compétence personnelle, il vise le critère de la résidence, qui, à ce moment, se confond avec la nationalité, ce qu'il ne manque pas de signaler.

176 Voir BOISTER (note 6), p. 144.

177 A ce titre, l'on peut p.ex. se demander si, s'agissant des Etats de l'Union européenne, une compétence personnelle fondée sur la nationalité est encore compatible avec le principe de non-discrimination à raison de la nationalité. Voir à ce propos KLIP (note 32), p. 99-100.

178 Sous réserve de la condition d'un séjour légal, donc autorisé par l'Etat p.ex. par le biais de la délivrance d'un permis de séjour particulier, comme cela pourrait être le cas en Suisse du permis d'établissement. CURRIE/RIKHOF (note 6), p. 69, qualifient les liens entre des résidents et l'Etat de «*nationality-type links to the state*».

l'intégration factuelle de la personne au sein d'un Etat¹⁷⁹. Le critère permet de favoriser, par la proximité de la poursuite avec le centre de l'existence de la personne, le respect de ses droits procéduraux et l'objectif premier du droit pénal moderne qu'est la resocialisation.

Concrètement, il pourrait être envisagé de remplacer intégralement le principe fondé sur la nationalité par un *Domizilprinzip*¹⁸⁰. Tel pourrait être le cas s'agissant tant de la dimension active que passive de la compétence personnelle. Un tel changement se heurterait toutefois à deux problèmes : d'une part, la répression des infractions commises à l'étranger par le ressortissant suisse, *i.e.* une personne non extradable, non domicilié sur son sol national ne pourrait plus être assurée. D'autre part, la protection de l'Etat, accordée jusqu'à présent aux nationaux par le biais de la compétence personnelle passive se verrait étendue à tous les résidents, ce qui n'est certainement pas dans l'air du temps.

La solution consisterait à dissocier les compétences personnelles active et passive. S'agissant de la personnalité passive, le critère de la nationalité devrait être conservé. Pour ce qui est de la personnalité active, il pourrait être limité aux seuls cas où l'extradition est refusée, donnant à cette compétence un caractère purement substitutif, fondé sur le principe *aut dedere aut prosequi*¹⁸¹. Le *Domizilprinzip* pourrait alors prendre le relais et être introduit comme fondement de la compétence personnelle active.

La délimitation du champ d'application du principe du domicile implique de traiter différents éléments. Tout d'abord, la compétence à raison du domicile doit être soumise à la condition de la double incrimination, une poursuite de faits non punissables dans l'Etat territorial ne se justifiant pas. De plus, cette compétence doit être conditionnée par la présence de la personne sur sol helvétique, qu'elle soit volontaire ou que la personne soit remise à la Suisse. Ces deux conditions correspondent à celles posées actuellement s'agissant de la compétence personnelle active à raison de la nationalité¹⁸². Le changement majeur par rapport au droit en vigueur concernerait le rapport avec l'extradition. L'objectif de la compétence à raison du domicile diffère fondamentalement de celui de l'extradition : il s'agit de ne pas « déraciner » l'auteur rentré dans « son » Etat après avoir commis des infractions à l'étranger et non pas de renvoyer l'auteur dans l'Etat étranger dans lequel il a commis ces infractions. Rendre la compétence à raison du domicile subsidiaire par rapport à l'extradition, y compris

179 D'après CRYER *et al.* (note 6), p. 55, le principe du domicile est acceptable au sens du droit international parce que « *those who have chosen to reside permanently in a State are clearly analogous to its nationals* ».

180 Voir HELMUT SATZGER, *Internationales und Europäisches Strafrecht*, 7^e éd., Baden Baden 2016, p. 43 ; ENSCHEDE (note 6), p. 53 ss. Une compétence à raison du domicile a été plaidée par DONNEDIEU DE VABRES (note 169), p. 66 ss, en 1928 déjà.

181 Selon certains auteurs, la compétence personnelle active a d'ores et déjà les caractéristiques de la substitution, voir CASSANI/ROTH (note 162), p. 466 (« compétence de substitution élargie en fonction de la nationalité de l'auteur ou de la victime ») ; LUDWICZAK (note 145), p. 395.

182 Art. 7 al. 1 let. a et b CP.

vers l'Etat territorial, serait en contradiction avec ce but. Ainsi, à la différence de ce que prévoit le droit actuel¹⁸³, la compétence personnelle active fondée sur le domicile suisse de l'auteur devrait, idéalement, prévaloir sur l'extradition.

Toutefois, une telle (r)évolution serait incompatible avec la prépondérance implicite accordée généralement à la compétence territoriale. Une solution plus modérée consisterait à soumettre la compétence à raison du domicile à la condition de non-extradition vers l'Etat territorial, à moins que la resocialisation du prévenu ou d'autres motifs légitimes, notamment la garantie des droits de la défense, ne vienne s'opposer à une telle extradition. En d'autres termes, en l'absence de motifs légitimes, les autorités suisses seraient compétentes si une extradition n'est pas demandée ou est refusée pour des raisons découlant du droit de l'entraide. En présence de motifs légitimes, la compétence suisse serait donnée sans que la question de l'extradition doive être examinée.

F. Conclusion

Force est de constater que, *de lege lata*, le droit de la compétence pénale ne se préoccupe guère de l'intérêt que pourrait avoir le prévenu à voir la procédure dirigée contre lui se dérouler dans l'Etat dont le droit lui est le plus familier. A la différence des règles de droit international privé ou de détermination du for en matière pénale qui assurent une cohésion entre la localisation de la personne principalement concernée par la procédure et le lieu où se déroule cette dernière, le droit pénal de fond fait abstraction de cette considération. Son champ d'application s'étend notamment au lieu de commission de l'infraction ou encore à la nationalité, mais ignore le critère du domicile. Tel est le cas alors même que le Tribunal fédéral considère qu'il existe un intérêt pour le prévenu résidant habituellement en Suisse à voir la procédure pénale dirigée contre lui se dérouler dans cet Etat plutôt qu'être déléguée à un autre.

Face à cette contradiction, une uniformisation du discours en matière de poursuite pénale serait bienvenue. Si l'un des buts essentiels poursuivis par la répression pénale est la resocialisation et si la garantie des droits de la défense est considérée comme fondamentale, une cohérence du système impliquerait d'introduire, à l'instar de plusieurs Etats européens, une compétence pénale des autorités suisses pour poursuivre et juger le prévenu au lieu où il a son centre de vie. Certes, la définition de ce nouveau critère de rattachement ne serait pas aisée. Toutefois, il serait audacieux de prétendre que la délimitation des critères existants fondant la compétence pénale, y compris et à commencer par le lieu de commission, est simple et n'appelle pas, ou plus, de réflexions. L'ajout d'un nouveau critère de rattachement ne se fera pas sans essuyer des critiques. Toutefois, le remplacement, à tout le moins partiel, du critère de la

183 Art. 7 al. 1 let. c CP.

nationalité par celui du domicile aurait le mérite de faire correspondre le champ d'application du Code pénal à la réalité sociale et aux principes directeurs du droit pénal moderne.

Résumé

Les règles établissant la compétence des autorités pénales suisses ne connaissent pas le critère du domicile ou de la résidence. Après avoir dressé un panorama du droit étranger et international en la matière et identifié les domaines du droit suisse connaissant ce critère – notamment le droit international privé, le droit de la procédure pénale et celui de l'entraide internationale en matière pénale – l'auteur s'interroge sur l'opportunité de l'introduction de ce critère en droit pénal, envisage des éléments de définition et discute de la place que pourrait prendre le principe de compétence fondé sur le domicile parmi les principes existants.

Zusammenfassung:

Die Regeln, aus denen sich die Zuständigkeit der schweizerischen Strafbehörden herleitet, stellen nicht auf das Kriterium des Wohnsitzes oder des Aufenthaltsortes ab. Der Autor gibt vorab einen Überblick über die Bestimmungen des ausländischen und internationalen Rechts zu dieser Frage und bezeichnet die Bereiche des schweizerischen Rechts, die ein solches Kriterium kennen – insbesondere das internationale Privatrecht, die Strafprozessordnung und die internationale Rechtshilfe in Strafsachen – und stellt sich danach die Frage, ob die Einführung eines solchen Kriteriums im Strafrecht zweckmässig wäre, erwägt Definitionsmerkmale und erörtert, welchen Platz ein auf den Wohnort abstellendes Kompetenzprinzip zwischen den anderen bestehenden Prinzipien einnehmen könnte.