COUR DE CASSATION

RAPPORT DE Mme LEPRIEUR,
CONSEILLÈRE

assistée de Dimitri Dureux et Sophie Couvez, auditeurs au SDER

Arrêt n°669 du 12 mai 2023 – Assemblée Plénière

Pourvoi n° 22-82.468

Décision attaquée : Cour d'appel de Paris du 4 avril 2022

M. [P] [W]

C/
La Fédération [3]
Le Centre [4]
Monsieur [H] [F]
Monsieur [G] [Z]
La Ligue [1]

_____

M. [P] [W] a formé un pourvoi contre l'arrêt de la chambre de l'instruction de la cour d'appel de Paris, 1ère section, en date du 4 avril 2022, qui, dans l'information suivie contre lui, des chefs de tortures et complicité, complicité de disparitions forcées, crimes de guerre et complicité, association de malfaiteurs ayant pour objet la préparation de crimes de guerre, a prononcé sur sa demande d'annulation de pièces de la procédure.

1. RAPPEL DES FAITS ET DE LA PROCÉDURE

Le 26 juin 2019, une plainte contre X a été déposée auprès du procureur de la République de Paris par diverses personnes et associations concernant des faits constitutifs de tortures, de crimes contre l'humanité, de crimes de guerre et de complicité de ces crimes qui auraient été commis par le groupe islamiste salafiste Jaysh Al-Islam, entre 2012 et 2018, sur le territoire de la Syrie, dans le cadre de la lutte armée menée par ce groupe dans le but de remplacer le régime de M. [B] [M] par un gouvernement basé sur la charia.

L'enlèvement le 9 décembre 2013 à [Localité 3] de quatre personnes, soit Mme [A] , avocate et militante des droits de l'homme, ainsi que de son époux et deux collaborateurs, a été imputé à des membres du groupe Jaysh Al-Islam.
A été notamment mis en cause M. [P] [W] , alias [V] [T], de nationalité syrienne, identifié comme étant l'ancien porte-parole de Jaysh Al-Islam.

Le 11 janvier 2020, les plaignants ont informé le parquet de la présence de M. [W] à [Localité 7].

Le 13 janvier 2020, une enquête préliminaire a été ouverte.

M. [W] a été interpellé à [Localité 5] le 29 janvier 2020[1].

A l'issue de la garde à vue, par réquisitoire introductif du 31 janvier 2020[2], le procureur antiterroriste a requis l'ouverture d'une information contre M. [W] des chefs de :
1) actes de torture et complicité, commis en Syrie entre courant 2013 et courant 2016,
2) complicité de disparitions forcées, commis en Syrie entre courant 2013 et courant 2016, notamment la disparition forcée de [A] [O], son mari et ses collaborateurs,
3) crimes de guerre (atteintes volontaires à la vie et atteintes volontaires à l'intégrité physique ou psychique, traitements humiliants et dégradants, conscription ou enrôlement de mineurs dans un groupe armé), commis en Syrie entre courant 2013 et courant 2016.

Par réquisitoire supplétif du même jour[3], le procureur a requis qu'il soit informé également contre M. [W] du chef de participation à un groupement formé ou à une entente établie en vue de la préparation de crimes de guerre.

A l'issue de son interrogatoire de première comparution du même jour, M. [W] a été mis en examen[4] pour :

[1] D. 199.

[2] D. 249.

[3] D. 252.

- avoir, en Syrie (Ghouta orientale), entre 2013 et courant 2016, commis des actes de torture et s'être rendu complice d'actes de torture (au sens de l'article 1 de la convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants), comme autorité au sein du groupe armé Jaysh Al-Islam, groupe exerçant un contrôle effectif et des fonctions quasi gouvernementales sur la Ghouta orientale, en l'espèce notamment sur des détenus au sein de la ferme Al ob (un des centres de détention sous le contrôle de Jaysh Al-Islam),

Faits prévus et réprimés par les articles 222-1, 121-6, 121-7 du code pénal, 689-2 du code de procédure pénale ;

- s'être, en Syrie (Ghouta orientale), entre le 5 août 2013 et courant 2016, rendu complice de disparitions forcées en tant que supérieur hiérarchique du groupe armé Jaysh Al-Islam (au sens de l'article 221-13 du code pénal), groupe exerçant un contrôle effectif et des fonctions quasi gouvernementales sur la Ghouta orientale, notamment de celles de [C] [A] [BX] [CZ], [DY] [EZ] et [D] [J] ,

Faits prévus et réprimés par les articles 221-12, 221-13, 121-6, 121-7 du code pénal, 689-13 du code de procédure pénale ;

- avoir, en Syrie, entre 2013 et courant 2016, commis ou s'être rendu complice de crimes de guerre, à tout le moins en tant que supérieur hiérarchique du groupe armé Jaysh Al-Islam (au sens de l'article 462-7 du code pénal) lors d'un conflit armé et en relation avec ce conflit, en violation des lois et des coutumes de la guerre ou des conventions internationales applicables aux conflits armés, à l'encontre de personnes protégées par le droit international des conflits armés, notamment des civils et des mineurs, des prisonniers de guerre, en l'espèce des atteintes volontaires à la vie, à l'intégrité physique ou psychique, des traitements humiliants ou dégradants, la conscription ou l'enrôlement de mineurs dans un groupe armé, en l'espèce Jaysh Al-Islam,

Faits prévus et réprimés par les articles 461-1, 461-2, 461-5, 461-7, 462-7, 121-6 et 121-7 du code pénal, et 689-11 du code de procédure pénale ;

- avoir, en Syrie, entre 2013 et courant 2016, en relation avec un conflit armé, participé à un groupement formé en l'espèce Jaysh Al-Islam, en vue de la préparation, des crimes de guerre, d'atteintes volontaires à la vie, à l'intégrité physique ou psychique, de traitements humiliants ou dégradants, de conscription ou d'enrôlement de mineurs dans un groupe armé, caractérisé par un ou plusieurs faits matériels, en l'espèce, en tenant une position de responsabilité au sein du groupe armé Jaysh Al-Islam, notamment en qualité de porte-parole de cette organisation,

---

[4] D. 254.

Faits prévus et réprimés par les articles 461-1, 461-2, 461-5, 461-7, 461-18 du code pénal, et 689-11 du code de procédure pénale.

M. [W] a été placé en détention provisoire.

Le 12 février 2020, la Fédération [3], le Centre [4] et la Ligue [1] se sont constitués parties civiles[5]. MM. [F] et [L] se sont constitués parties civiles quant à eux les 19 janvier 2021 et 5 mars 2021[6].

Par requête du 23 juillet 2020, M. [W] a demandé l'annulation d'actes de la procédure.
Il a sollicité, d'une part, l'annulation du réquisitoire introductif, du réquisitoire supplétif et de l'interrogatoire de première comparution, en raison de l'incompétence des juridictions françaises pour poursuivre et juger les infractions dont il s'agit, et, d'autre part, l'annulation de la mise en examen pour absence d'indices graves ou concordants.

Par l'arrêt attaqué du 4 avril 2022, la chambre de l'instruction de la cour d'appel de Paris a dit la saisine recevable et n'y avoir lieu à annulation d'un acte ou d'une pièce de la procédure.

M. [W] s'est régulièrement pourvu en cassation.

Par ordonnance du 10 juin 2022, le président de la chambre criminelle a, sur le fondement des articles 570 et 571 du code de procédure pénale, ordonné l'examen immédiat du pourvoi.

Un mémoire ampliatif a été produit.

La Fédération [3], le Centre [4] et la Ligue [1] , ainsi que MM. [F] et [W], parties civiles, ont produit un mémoire en défense.

Par requête du 29 août 2022, le procureur général près la Cour de cassation a sollicité le renvoi de l'affaire devant l'assemblée plénière de la Cour de cassation.

Par ordonnance du 9 septembre 2022, le premier président de la Cour de cassation a ordonné le renvoi de l'examen du pourvoi devant l'assemblée plénière de ladite Cour.

---

[5] D. 256.

[6] D.556, D. 586. M. [TL] s'est également constitué partie civile le 26 janvier 2022 (D. 994), soit postérieurement à l'envoi par le parquet général des avis d'audience devant la chambre de l'instruction, ce qui explique qu'il ne figure pas comme partie à l'arrêt attaqué (cf. Crim., 27 mars 2019, pourvoi n° 18-86.433, Bull. crim. 2019, n° 63).

2. EXPOSE DES MOYENS

Le premier moyen fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir dit n'y avoir lieu à annulation d'un acte ou d'une pièce de la procédure, alors que la compétence universelle des juridictions françaises ne peut être retenue, sur le fondement de l'article 689-2 du code de procédure pénale, que si la personne poursuivie est un agent de la fonction publique de l'État concerné ou a agi à titre officiel au nom de celui-ci ; en **retenant**, pour rejeter le moyen pris de l'incompétence des juridictions françaises pour instruire et poursuivre M. [W] du chef de tortures, que les stipulations de l'article 1er de la Convention de New York permettent la poursuite et la répression du crime de torture imputé à des personnes qui ont obéi « à une stratégie et une logique collective » (arrêt attaqué, p. 8, al. 3), cependant que ces stipulations ne peuvent s'appliquer qu'à ceux qualifiés d'agents de la fonction publique de l'État concerné, ou qui ont agi à titre officiel pour cet État, la chambre de l'instruction a violé les articles 689-2 du code de procédure pénale et 1er de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, adoptée à New York le 10 décembre 1984.

Le deuxième moyen fait le même grief à l'arrêt et soutient que la compétence universelle des juridictions françaises ne peut être retenue, sur le fondement de l'article 689-13 du code de procédure pénale, que si les actes de disparition forcée en cause ont été perpétrés par des agents de l'État, ou des personnes agissant avec l'autorisation, l'appui ou l'acquiescement des autorités étatiques ; en écartant le moyen pris de l'incompétence des juridictions françaises pour instruire et poursuivre M. [W] du chef de crime de disparition forcée, aux motifs hypothétiques que « l'autorisation, l'appui ou l'acquiescement de l'État [syrien] aux actes d'enlèvement reprochés au mis en examen [était] une éventualité à prendre en considération » (arrêt attaqué, p. 9, al. 2), sans établir l'existence certaine d'une autorisation, d'un appui ou d'un acquiescement de l'État syrien afin de justifier la compétence universelle des juridictions françaises pour instruire de ce chef à l'encontre de M. [W] , la chambre de l'instruction n'a pas légalement justifié sa décision au regard des articles 593 et 689-13 du code de procédure pénale.

Le troisième moyen, pris du même grief, soutient que la compétence universelle des juridictions françaises ne peut être retenue, sur le fondement de l'article 689-11 du code de procédure pénale, que si la personne mise en cause réside en France, de manière stable, effective et durable ; en retenant, pour écarter le moyen tiré de l'incompétence des juridictions françaises pour instruire et poursuivre M. [W] du chef de crimes et délits de guerre, que les différents éléments issus de la procédure concernant M. [W] « montr[aient] une stabilité certaine de résidence dans la cité [Localité 5] durant cette période de plus de trois mois » (arrêt attaqué, p. 10, al. 3), de sorte que « le critère de résidence habituelle [était] ainsi rempli » (ibid., al. 4), cependant qu'il résultait des pièces du dossier que M. [W] résidait de manière stable, effective et durable en Turquie et qu'il n'était en France que pour une durée limitée de trois mois afin d'y suivre des conférences universitaires de sorte que sa résidence habituelle ne pouvait

être fixée sur le territoire de la République, la chambre de l'instruction a violé l'article 689-11 du code de procédure pénale.

Le quatrième moyen, dont le grief est identique, affirme que la compétence universelle des juridictions françaises ne peut être retenue, sur le fondement du 3° de l'article 689-11 du code de procédure pénale, lorsqu'un ressortissant étranger est poursuivi devant les juridictions françaises pour des faits qualifiés de crimes ou délits de guerre, qu'à la condition qu'une incrimination de crimes ou délits de guerre existe également dans le droit pénal de l'État sur le territoire duquel les faits en cause ont été commis ; en écartant le moyen tiré de l'incompétence des juridictions françaises pour instruire et poursuivre M. [W] du chef de crimes et délits de guerre, en considérant que la condition de double incrimination était remplie dès lors que le droit pénal syrien « incrimine le meurtre, les actes de barbarie, le viol, les violences et la torture » (arrêt attaqué, p. 10, antépénultième al), cependant que cette condition ne pouvait être caractérisée que si le droit pénal syrien prévoyait une infraction comportant un élément constitutif relatif à l'existence d'un conflit armé avec lequel les faits réprimés étaient en relation, la chambre de l'instruction a violé l'article 689-11 du code de procédure pénale.

3. IDENTIFICATION DES POINTS DE DROIT A JUGER

Sur le premier moyen, relatif à la notion d'auteur de tortures au sens des articles 689-2 du code de procédure pénale et 1er de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, adoptée à New York le 10 décembre 1984

- Interprétation de la notion de tortures de l'article 689-2 du code de procédure pénale : la locution « toute personne coupable de tortures au sens de l'article 1er de la convention », contenue dans l'article 689-2 du code de procédure pénale, doit-elle être interprétée comme renvoyant à la seule définition, par la Convention, des actes de torture ou bien également à la définition, par la Convention, de l'auteur de tels actes ?

- A supposer que la locution « toute personne coupable de tortures au sens de l'article 1er de la convention », contenue dans l'article 689-2 du code de procédure pénale, renvoie également à la définition, par la Convention, de l'auteur des actes de torture, quelle est l'interprétation internationale de la notion d'auteur de tortures au sens de la Convention de New York ?

- Une conception souple de la notion d'auteur de tortures, étendue au cas où des personnes exercent, de fait, des prérogatives de puissance publique, est-elle envisageable, à la lumière du droit international ?

Sur le troisième moyen, relatif à la condition de résidence habituelle de l'article 689-11 du code de procédure pénale

- Définition de la notion de résidence habituelle de l'article 689-11 du code de procédure pénale.

- L'interprétation de la notion, que l'Assemblée plénière sera amenée à énoncer, s'appliquera-t-elle aux divers textes du code pénal et du code de procédure pénale soumettant à cette condition la compétence des juridictions françaises ?

- Les interprétations de la notion de résidence habituelle en matière civile, résultant d'arrêts de la 1ère chambre civile de la Cour de cassation, et la méthode utilisée en droit communautaire pourront-elles ou devront-elles inspirer l'interprétation de la notion de résidence habituelle en droit pénal ?

Sur le quatrième moyen, relatif à la condition de double incrimination de l'article 689-11 du code de procédure pénale

- Quelle était, relativement à cette condition, l'intention du législateur, révélée par les débats parlementaires ayant précédé l'adoption de la loi du 9 août 2010, qui a créé l'article 689-11 du code de procédure pénale ?

- Est-il pertinent de comparer l'interprétation par la chambre criminelle de la condition de double incrimination en matière extraditionnelle et celle en matière de compétence universelle ? Quelles sont les raisons qui justifieraient que la condition de double incrimination soit entendue de manière distincte, ou au contraire, identique ?

- L'article 689-11 du code de procédure pénale, tel qu'interprété par l'arrêt de la chambre criminelle, est-il contraire aux engagements internationaux de la France ?

> - Résulte-t-il d'un instrument international, de la coutume ou d'une jurisprudence émanant d'une juridiction internationale, l'obligation pour la France de prévoir la compétence universelle de ses juridictions répressives pour la poursuite des crimes internationaux ?
>
> - A supposer établi que le droit syrien n'incrimine pas les crimes de guerre, des textes internationaux ou la coutume internationale permettent-ils - ou imposent-ils - de considérer comme remplie la condition d'incrimination par la loi syrienne de ces crimes ? Peut-on considérer que les faits sont ainsi *punis* par la législation syrienne, au sens de l'article 689-11 du code de procédure pénale ?

4. DISCUSSION

PLAN DE LA DISCUSSION

Observations préliminaires

Développements communs au rapport afférent au pourvoi Y 2280057

A - Le cadre procédural du pourvoi - p.12

1°) La requête en annulation de pièces de la procédure - p.12

2°) Le pourvoi formé contre un arrêt de chambre de l'instruction statuant sur une requête en nullité d'actes de la procédure : les articles 570 et 571 du code de procédure pénale - p. 13

B - Les différents cas de compétence universelle - p.14

- I - La notion d'auteur de tortures au sens de l'article 689-2 du code de procédure pénale et de l'article 1er de la Convention du 10 décembre 1984 contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (premier moyen) - p.17

Textes de référence

A - La motivation de l'arrêt attaqué - p.17

B - L'interprétation de la notion d'auteur de tortures de l'article 689-2 du code de procédure pénale - p. 19

C - L'interprétation internationale - p.23

- C. 1. Les travaux préparatoires de la Convention - p. 23

- C. 2. L'interprétation de la qualité d'agent de la fonction publique ou de la personne ayant agi à titre officiel par le Comité contre la torture - p. 24

- C. 3. L'interprétation de la qualité d'agent de la fonction publique ou de la personne ayant agi à titre officiel par la Cour suprême du Royaume-Uni - p. 28

- C. 4. L'éclairage du droit international - p. 29

1°) Les règles relatives à l'engagement de la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite - p. 29

2°) L'évolution de la définition coutumière de la torture : l'affaire Kunarac - p. 30

3°) Le caractère impératif de l'interdiction des actes de torture et l'obligation des États d'extrader ou de poursuivre - p. 31

- II - L'article 689-11 du code de procédure pénale, genèse et perspectives - p. 32

Développements communs au rapport afférent au pourvoi Y 2280057

- A - Le statut de la Cour pénale internationale et la Convention de Rome - p. 32

- B - L'adoption de l'article 689-11 du code de procédure pénale - p. 33

- C - Un texte proposé au réexamen du législateur à maintes reprises - p. 37

- III - La condition de résidence habituelle de l'article 689-11 du code de procédure pénale (troisième moyen) - p. 40

- A - L'absence de définition de la notion de résidence habituelle en droit pénal - p. 40

- B - La résidence habituelle en matière civile - p. 46

- B. 1. La résidence habituelle en droit interne - p. 46

- B. 2. La résidence habituelle, notion autonome de droit communautaire - p. 46

- C - Le contrôle de la notion par la Cour de cassation - p. 51

La motivation de l'arrêt attaqué

- IV - La condition de double incrimination de l'article 689-11 du code de procédure pénale (quatrième moyen) - p. 54

Développements communs au rapport afférent au pourvoi Y 2280057

-A Une controverse doctrinale née de l'arrêt de la chambre criminelle p. 54

- A. 1. L'arrêt de la chambre criminelle - p. 54

- A. 2. La controverse doctrinale - p. 56

- A. 3. Les thèses en présence - p. 60

- B - La motivation de l'arrêt attaqué - p. 63

- C - La compétence universelle à la française - p. 64

- C. 1. La condition de double incrimination en droit pénal français - p. 64

- C. 2. L'incrimination dans le code pénal français des crimes contre l'humanité et crimes de guerre - p. 66

1°) Le génocide et les autres crimes contre l'humanité - p. 67

2°) Les crimes de guerre - p. 70

- C. 3. La conception française de la répression des crimes internationaux - p. 71

- C. 4. Les débats parlementaires relatifs à la condition de double incrimination - p. 74

1°) Les débats parlementaires ayant précédé l'adoption de la loi du 9 août 2010 - p. 74

2°) Les débats parlementaires ayant précédé l'adoption de la loi modificative du 23 mars 2019 - p. 77

- D - Les incriminations en droit syrien - p. 79

- D. 1. Le droit interne syrien - p. 79

1°) La Constitution syrienne - p. 79

2°) La législation syrienne - p. 79

- D. 2. Le droit international - p. 82

1°) Le statut du droit international en droit syrien - p. 82

2°) Les traités internationaux - p. 83

- D.3 Le contrôle par la chambre criminelle de la loi étrangère – p 87

- E - L’interprétation de la condition de double incrimination en matière d’extradition : une comparaison pertinente ? - p. 88

- E. 1. L’interprétation par la chambre criminelle de la condition de double incrimination en matière d’extradition - p. 88

- E. 2. Une comparaison pertinente avec la condition de double incrimination de l’article 689-11 du code de procédure pénale ? - p. 93

- F - L'article 689-11 du code de procédure pénale, tel qu'interprété par l'arrêt de la chambre criminelle, est-il contraire aux engagements internationaux de la France ? - p. 95

- F. 1. Une obligation pour le législateur national d’établir sa compétence universelle ? - p. 95

- F. 2. Un texte - ou une interprétation - en harmonie avec le droit international ? - p. 103

- V - Proposition de non-admission et nombre de projets - p. 105

- A - Sur le deuxième moyen, relatif à la compétence des juridictions françaises pour connaître des disparitions forcées - p. 105

Observations préliminaires

A - Le cadre procédural du pourvoi

Le présent pourvoi est dirigé contre un arrêt de chambre de l'instruction statuant sur une requête en annulation de pièces de la procédure.

1°) La requête en annulation de pièces de la procédure

Article 170 du code de procédure pénale

En toute matière, la chambre de l'instruction peut, au cours de l'information, être saisie aux fins d'annulation d'un acte ou d'une pièce de la procédure par le juge d'instruction, par le procureur de la République, par les parties ou par le témoin assisté7.

Bien qu'antérieurs à l'ouverture de l'information, les actes accomplis par les officiers de police judiciaire au cours de l'enquête préliminaire ou de l'enquête de flagrance, qui constituent le fondement des poursuites et déterminent la saisine du juge d'instruction, sont considérés par la Cour de cassation comme faisant partie intégrante de la procédure d'information[8]. Ils entrent dans les prévisions de l'article 170 et sont donc susceptibles d'annulation dans les conditions et selon les modalités de l'article 173[9].

S'agissant des réquisitoires du procureur de la République, le réquisitoire introductif, comme le réquisitoire supplétif, peut être annulé *s'il ne satisfait pas en la forme aux conditions essentielles de son existence légale*[10] .

L'incompétence du juge d'instruction, qui est une cause de nullité de l'information, peut être invoquée dans le cadre du contentieux de l'annulation.

À titre d'exemple, on peut citer un arrêt du 31 mai 2016[11] ayant cassé, au visa de l'article 113-2 du code pénal, un arrêt de chambre de l'instruction qui avait rejeté

---

7 Par application des dispositions de l'article 173-1 du code de procédure pénale, sous peine d'irrecevabilité, la personne mise en examen doit faire état des moyens pris de la nullité des actes accomplis avant son interrogatoire de première comparution ou de cet interrogatoire lui-même dans un délai de six mois à compter de la notification de sa mise en examen. En l'espèce, cette condition de délai ne pose pas de difficulté.

8 *J.-Cl Procédure pénale*, Art. 170 à 174-1, fasc. 20 : Les nullités de l'information, par Didier Beauvais

9 Crim., 30 juin 1987, pourvoi n° 87-82.068, Bull. crim. 1987, n° 276.

10 Crim., 7 décembre 2016, pourvoi n° 12-81.707, 15-85.429, Bull. crim. 2016, n° 333 http://srv-cassation/Rpvjcc/Jurinet/Arret.asp?ID_ARRET=1631413; Crim., 22 mars 2016, pourvoi n° 15-83.206, Bull. crim. 2016, n° 88 ; Crim., 12 avril 2016, pourvoi n° 15-86.074, Bull. crim. 2016, n° 131.

11 Crim., 31 mai 2016, pourvoi n° 15-85.920, Bull. crim. 2016, n° 165.

le moyen tiré de la nullité du réquisitoire introductif, du procès-verbal de première comparution et des actes subséquents, tiré de l'incompétence territoriale du juge d'instruction. La chambre criminelle a énoncé que si plusieurs infractions sont simplement connexes, les juridictions françaises ne sont pas compétentes pour connaître de celles commises à l'étranger par une personne de nationalité étrangère sur une victime étrangère.

En matière répressive, la compétence des juridictions est d'ordre public[12]. La solution ne paraît pas remise en cause par les arrêts du 7 septembre 2021[13], selon lesquels les cas de nullité d'ordre public sont ceux qui touchent à la bonne administration de la justice.

De même, sont d'ordre public les règles tenant à la souveraineté des États[14].

Cela a notamment pour conséquence que le prononcé de la nullité n'est pas soumise à la preuve de l'existence d'un grief, prévue par l'article 802 du code de procédure pénale.

Au stade de la mise en examen, sont exigés, non des charges suffisantes ou des preuves, mais des indices graves ou concordants rendant vraisemblable que la personne mise en cause ait pu participer, comme auteur ou comme complice, à la commission des infractions dont le juge d'instruction est saisi (article 80-1 du code de procédure pénale).

Le contentieux de l'annulation de la mise en examen n'est donc pas celui de l'existence ou de l'absence de charges. Ce n'est qu'au stade du règlement de la procédure, en application de l'article 184 du code de procédure pénale, que le juge d'instruction devra indiquer de façon précise s'il existe ou non des charges suffisantes pour ordonner le renvoi devant une juridiction de jugement, c'est-à-dire caractériser les éléments constitutifs de l'infraction et l'imputabilité des faits à la personne mise en examen.

2°) Le pourvoi formé contre un arrêt de chambre de l'instruction statuant sur une requête en nullité d'actes de la procédure : les articles 570 et 571 du code de procédure pénale

L'arrêt de la chambre de l'instruction statuant sur une requête en nullité d'actes de la procédure constitue un arrêt distinct de l'arrêt sur le fond et ne met pas fin à la procédure.

---

[12] Crim., 22 mai 1996, pourvoi n° 95-84.899, Bull. crim. 1996, n° 212 ; également Crim., 9 janvier 2013, pourvoi n° 12-83.047, Bull. crim. 2013, n° 12 selon lequel l'exception d'incompétence est d'ordre public.

13 notamment Crim., 7 septembre 2021, pourvoi n° 21-80.642, publié au Bulletin.

14 Crim., 20 juin 2018, pourvoi n° 17-86.657, Bull. crim. 2018, n° 116.

Les conditions d'examen d'un pourvoi en cassation dirigé contre une telle décision, avant dire droit, sont régies par les dispositions des articles 570 et 571 du code de procédure pénale.

Le pourvoi formé contre un arrêt avant dire droit doit être formé dans le délai prévu par l'article 568 du code de procédure pénale, mais son examen sera différé jusqu'à l'examen du pourvoi qui sera éventuellement formé contre l'arrêt sur le fond[15].

Le président de la chambre criminelle peut néanmoins ordonner son examen immédiat, comme en l'espèce.

B - Les différents cas de compétence universelle

Le principe de territorialité du droit pénal entraîne l'incompétence des juridictions pénales françaises pour les infractions commises à l'étranger[16].

Dans certains cas limitativement déterminés, l'ordre répressif français se voit cependant doté d'une compétence extraterritoriale pour connaître d'infractions commises hors de France.

La plupart de ces cas sont énumérés par les articles 113-6 à 113-14 du code pénal, dans une section intitulée « Des infractions commises hors du territoire de la République », et par les articles 689 à 689-14 du code de procédure pénale, regroupés dans un chapitre intitulé « De la compétence des juridictions françaises ».

La compétence extraterritoriale est soit personnelle (active ou passive selon qu'elle résulte de la nationalité française de l'auteur ou de la victime de l'infraction), soit réelle, c'est-à-dire fondée sur la protection des intérêts primordiaux de l'État français, soit encore universelle, c'est-à-dire découlant de l'arrestation ou de la présence en France du délinquant.

La compétence universelle peut ainsi être définie comme la compétence reconnue à un État pour réprimer des infractions commises par des particuliers en dehors de son territoire, alors que ni le criminel ni la victime ne sont de ses ressortissants[17], ou selon une autre définition, comme le droit pour un État de réprimer les infractions commises hors de son territoire et qui ne portent pas

[15] J. et L. Boré, *La cassation en matière pénale*, Dalloz action, 2018-2019, n° 15.09.

[16] Cf. *J.-Cl. Procédure pénale*, art. 689 à 693, fasc. 30 : Compétence des tribunaux répressifs français et de la loi pénale française - Infractions commises à l'étranger, mai 2022, par André Huet, Renée Koering-Joulin et Kevin Mariat. La présente présentation emprunte à ce fascicule.

[17] Gérard Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF.

atteinte à ses intérêts fondamentaux, quelles que soient les nationalités des auteurs et victimes[18] .

L'idée sous-tendant la compétence universelle est de combattre l'impunité dont pourraient bénéficier des personnes suspectées d'avoir commis des crimes internationaux, qui portent atteinte à des valeurs fondamentales universellement reconnues par la communauté internationale. Les États doivent ainsi mettre en oeuvre leur puissance souveraine en arrêtant et en jugeant ces personnes, dans le respect du principe *aut judicare, aut dedere* (soit juger, soit extrader).

Depuis 1985, les cas de compétence universelle des tribunaux répressifs français se sont multipliés.

L'article 689 du code de procédure pénale prévoit que les infractions commises à l'étranger relèvent des juridictions françaises, soit quand la loi française le prévoit, soit quand une convention internationale ou un acte pris en application du traité instituant les Communautés européennes donne compétence aux juridictions françaises.

On admet généralement que cette disposition rend compte de l'ensemble des cas de compétence extraterritoriale de la loi et des juridictions pénales françaises, ce dont il s'induit que **la répression des crimes internationaux ne procède pas directement des instruments internationaux.** Ainsi, la compétence universelle française ne peut pas résulter directement du droit international coutumier[19] .

Quel que soit le titre de compétence des tribunaux répressifs français, la loi pénale française est applicable. Il s'agit du principe de la solidarité des compétences juridictionnelle et législative.

La chambre criminelle a en effet énoncé que la loi pénale française est applicable chaque fois que les tribunaux français sont compétents[20]. L'exercice par une juridiction française de la compétence universelle emporte la compétence de la loi française, même en présence d'une loi étrangère portant amnistie[21] [22].

---

[18] Delphine Brach-Thiel*, Rép. Pén, V° «* Compétence internationale-», 2017, 198

[19] En ce sens, Didier Rebut, *Droit pénal international*, Précis Dalloz, 3ème édition, n°177. Egalement Yves Mayaud, « Pas de crime contre l'humanité sans un plan concerté d'attaque généralisée ou systématique », *RSC 2022*. 51, 15 avril 2022, selon lequel l'article 689-11 du code de procédure pénale n'est qu'un acte de souveraineté de la part du législateur français.

20 Crim., 3 mai 1995, pourvoi n° 95-80.725, Bull. crim. 1995, n° 161.

21 Crim., 23 octobre 2002, pourvoi n° 02-85.379, Bull. crim. 2002, n° 195.

[22] Pour une critique de cette solution, cf. notamment *J.-Cl. Procédure pénale*, art. 689 à 693, fasc. 30 : Compétence des tribunaux répressifs français et de la loi pénale française - Infractions commises à l'étranger, mai 2022, par André Huet, Renée Koering-Joulin et Kevin Mariat, précité.

Ce principe de solidarité des compétences judiciaire et législative vaut pour l'incrimination, les éléments constitutifs de l'infraction et la sanction pénale.

La majorité des titres de compétence universelle renvoie aux conditions de l'article 689-1 du code de procédure pénale, selon lequel en application des conventions internationales visées aux articles suivants, peut être poursuivie et jugée par les juridictions françaises, si elle se trouve en France, toute personne qui s'est rendue coupable hors du territoire de la République de l'une des infractions énumérées par ces articles[23].

Ainsi, l'article 689-2 du code de procédure pénale, pour l'application de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, adoptée à New York le 10 décembre 1984, prévoit la compétence des juridictions françaises pour connaître d'actes de torture.

De même, l'article 689-13 du code de procédure pénale, créé par la loi n° 2013-711 du 5 août 2013, prévoit la compétence universelle des juridictions pénales françaises pour juger toute personne coupable ou complice d'une disparition forcée constitutive d'un crime contre l'humanité (article 212-1, 9°du code pénal) ou d'une infraction de disparition forcée (article 221-12 dudit code).

S'agissant des règles communes à ces cas de compétence universelle, on peut citer d'abord la (simple) présence en France de la personne poursuivie.

Cette condition de présence en France est interprétée de manière souple par la chambre criminelle.
En effet, la juridiction d'instruction doit rechercher des éléments de présence en France, des auteurs des faits incriminés au moment de l'engagement des poursuites[24]. En cas de pluralité de participants, la résidence en France de l'une des personnes mises en cause dans la plainte suffit pour mettre en mouvement l'action publique[25].

La compétence universelle n'est pas, dans ces cas, conditionnée à une exigence de double incrimination, c'est-à-dire d'incrimination de l'infraction, outre par la loi française, par la loi de l'État où les faits ont été commis.

Par ailleurs, le complice qui se trouve en France relève de la compétence universelle des tribunaux français, au même titre que l'auteur principal. Il importe peu que le complice soit français ou non, et que l'acte de complicité ait été

[23] Soit les articles 689-2 à 689-10 et 689-12 à 689-14 du code de procédure pénale qui visent la torture, le terrorisme, l'utilisation illicite de matière nucléaire, les actes contre la sécurité de la navigation maritime et des plateformes, les actes contre la sécurité de l'aviation civile et des aéroports, la fraude et la corruption portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union, la délinquance routière, les disparitions forcées, le trafic et la destruction de biens culturels.

[24] Crim., 21 janvier 2009, pourvoi n° 07-88.330, Bull. crim. 2009, n° 22.

25 Crim., 10 janvier 2007, pourvoi n° 04-87.245, Bull. crim. 2007, n° 7.

accompli à l'étranger ou en France. Dans l'arrêt précité du 21 janvier 2009, la Cour de cassation a énoncé, sans faire la moindre distinction, que dès lors que les faits survenus à l'étranger sont susceptibles de revêtir la qualification d'actes de torture, seules les dispositions de l'article 689-2 du code de procédure pénale sont applicables, à l'exclusion des règles fixées par le livre 1er du code pénal, et particulièrement de l'article 113-5.

Au sein de ce chapitre du code de procédure pénale relatif à la compétence des juridictions françaises, l'article 689-11, qui concerne les infractions les plus graves, fait figure d'exception. Il prévoit en effet un cas de compétence universelle subordonné à des conditions différentes, plus strictes.

I - La notion d'auteur de tortures au sens de l'article 689-2 du code de procédure pénale et de l'article 1er de la Convention du 10 décembre 1984 contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (premier moyen)

Pour l'application de l'article 689-2 du code de procédure pénale, les faits de torture doivent-ils avoir été perpétrés par des agents de la fonction publique de l'État étranger ou par des personnes agissant à titre officiel ?

Textes de référence

Article 689-2 du code de procédure pénale
Pour l'application de la convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, adoptée à New York le 10 décembre 1984, peut être poursuivie et jugée dans les conditions prévues à l'article 689-1 toute personne coupable de tortures au sens de l'article 1er de la convention.

> **Article 689-1 du code de procédure pénale**
> En application des conventions internationales visées aux articles suivants, peut être poursuivie et jugée par les juridictions françaises, si elle se trouve en France, toute personne qui s'est rendue coupable hors du territoire de la République de l'une des infractions énumérées par ces articles. Les dispositions du présent article sont applicables à la tentative de ces infractions, chaque fois que celle-ci est punissable.

Convention du 10 décembre 1984 contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants

Article 1er
1. Aux fins de la présente Convention, le terme « torture » désigne tout acte par lequel une douleur ou des souffrances aiguës, physiques ou mentales, sont intentionnellement

infligées à une personne aux fins notamment d'obtenir d'elle ou d'une tierce personne des renseignements ou des aveux, de la punir d'un acte qu'elle ou une tierce personne a commis ou est soupçonnée d'avoir commis, de l'intimider ou de faire pression sur elle ou d'intimider ou de faire pression sur une tierce personne, ou pour tout autre motif fondé sur une forme de discrimination quelle qu'elle soit, lorsqu'une telle douleur ou de telles souffrances sont **infligées par un agent de la fonction publique ou toute autre personne agissant à titre officiel ou à son instigation ou avec son consentement exprès ou tacite**. Ce terme ne s'étend pas à la douleur ou aux souffrances résultant uniquement de sanctions légitimes, inhérentes à ces sanctions ou occasionnées par elles.
2. Cet article est sans préjudice de tout instrument international ou de toute loi nationale qui contient ou peut contenir des dispositions de portée plus large.

Article 2

1. Tout État partie prend des mesures législatives, administratives, judiciaires et autres mesures efficaces pour empêcher que des actes de torture soient commis dans tout territoire sous sa juridiction. [...]

Article 3

1. Aucun État partie n'expulsera, ne refoulera, ni n'extradera une personne vers un autre État où il y a des motifs sérieux de croire qu'elle risque d'être soumise à la torture.
2. Pour déterminer s'il y a de tels motifs, les autorités compétentes tiendront compte de toutes les considérations pertinentes, y compris, le cas échéant, de l'existence, dans l'État intéressé, d'un ensemble de violations systématiques des droits de l'homme, graves, flagrantes ou massives. [...]

Article 4

1. Tout État partie veille à ce que tous les actes de torture constituent des infractions au regard de son droit pénal. Il en est de même de la tentative de pratiquer la torture ou de tout acte commis par n'importe quelle personne qui constitue une complicité ou une participation à l'acte de torture. [...]

Article 5

[...]
2. Tout État partie prend également les mesures nécessaires pour établir sa compétence aux fins de connaître desdites infractions dans le cas où l'auteur présumé de celles-ci se trouve sur tout territoire sous sa juridiction et où ledit État ne l'extrade pas conformément à l'article 8 vers l'un des États visés au paragraphe 1 du présent article.
3. La présente Convention n'écarte aucune compétence pénale exercée conformément aux lois nationales.

A - La motivation de l'arrêt attaqué

Sur le crime de torture

Le requérant rappelle que, par exception au fait que les crimes commis hors du territoire de la République ne peuvent être poursuivis et jugés devant les juridictions françaises que si l'auteur ou la victime est de nationalité française, les crimes commis à l'étranger par des étrangers sur des étrangers ne peuvent être également jugés chez nous qu'à des conditions restrictives, à savoir lorsque qu'une convention internationale donne compétence a nos juridictions (article 689 du code de procédure pénale), à condition que la personne étrangère se trouve en France (article 689-1), et uniquement pour certaines infractions énumérées, en particulier lorsqu'il s'agit d'appliquer "la convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants,, adoptée à New York le 10 décembre 1984" (article 689-2), de sorte qu'un ressortissant étranger ne peut être poursuivi en France pour des actes de torture commis à l'étranger sur des étrangers que si d'une part le mis en cause se trouve en France, d'autre part l'infraction de torture est celle qui est prévue par la Convention de 1984.

Il précise pour ce qui est de cette infraction que l'article 689-2 ne renvoie pas au crime français de torture tel qu'il résulte des articles 222-1 et suivants du code pénal, mais uniquement tel qu'il est défini par la Convention de New York, les éléments constitutifs de ce crime de torture n'étant pas identiques dans l'un et l'autre de ces textes.

Se fondant sur l'article 1er de la Convention de 1984 selon lequel sont visées "une telle douleur ou de telles souffrances " lorsqu'elles sont infligées "par un agent de la fonction publique ou toute autre personne agissant à titre officiel ou à son instigation ou avec son consentement exprès ou tacite", le conseil de [P] [W] fait sienne l'analyse de la doctrine qui estime que les actes de torture visés par cette Convention sont ceux qui ont été "commis par des agents publics au nom de la puissance publique", alors que la torture définie par le code pénal français comprend celle qui a été commise par des particuliers agissant à des fins personnelles.

Or en l'espèce, poursuit le requérant, outre la contradiction qui fait que la mise en examen se réclame à la fois de la Convention de New York et du code pénal, les tortures faisant partie de la saisine sont imputées non pas à un agent public ou à un agent de l'État, mais à un groupe armé, le JAI, qui n'est pas un État et dont les membres ne sont pas des acteurs étatiques.

Il conclut donc que les juridictions françaises sont incompétentes pour poursuivre et juger ces faits imputés à son client.

Les parties civiles ne partagent pas cette vision des choses.

La FIDH, la LDH, le Centre syrien pour les médias et la liberté d'expression ainsi que MM. [F] et [W] soutiennent en effet dans leur mémoire que le requérant

"opère une confusion entre les règles de compétence et les éléments caractérisant l'infraction".

Rappelant que l'objectif de la compétence universelle est selon le jurisclasseur "d'assurer une répression efficace des infractions les plus graves au droit international et aux droits de l'Homme", elles considèrent que la seule condition pour la mise en oeuvre de cette compétence, outre qu'un texte national le prévoie et que le mis en cause se trouve en France, est l'existence d'une convention internationale qui engage notre pays, aucune caractérisation des éléments constitutifs de l'infraction de torture n'étant selon elles exigée à ce stade.

Les parties civiles ajoutent qu'en tout état de cause l'objectif de la Convention de New York était essentiellement d'exclure de son champ les actes de torture purement privés commis par des particuliers, et que tel n'est pas le cas en l'espèce puisque ***l'organisation Jaysh Al-Islam (JAI) a exercé entre 2013 et 2016 sur le territoire de la Ghouta orientale, qui était alors placé sous son contrôle exclusif, une autorité judiciaire, militaire, pénitentiaire, commerciale et religieuse, de sorte qu'elle s'était attribué des fonctions quasi-gouvernementales,*** *répondant ainsi à la catégorie "agent de la fonction publique ou toute autre personne agissant à titre officiel" décrite par l'article 1 de la Convention de New York du 10 décembre 1984.*

De fait, rien ne justifie qu'il faille adopter une conception restrictive de la compétence universelle en matière de torture prônée par le requérant. Il résulte au contraire de la lettre de la Convention de New York qu'elle s'est donné comme but " d'accroître l'efficacité de la lutte contre la torture et les autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants dans le monde entier". L'article 1er contient d'ailleurs un alinéa 2 qui précise que l'article qui précède "est sans préjudice de tout instrument international ou de toute loi nationale qui contient ou peut contenir des dispositions de portée plus large". Selon l'article 5 alinéa 3, "la présente Convention n'écarte aucune compétence pénale exercée conformément aux lois nationales ".

Comme l'indiquent les parties civiles, ***l'objectif de la Convention en évoquant les agents de la fonction publique et "toute autre personne agissant à titre officiel " est d'éviter qu'elle soit utilisée pour des actes privés commis par des particuliers, et non de restreindre, de quelque manière que ce soit, son champ d'application pour les actes obéissant au contraire à une stratégie et une logique collective****.*

En outre, force est de constater que ***le JAI s'est comporté dans la Ghouta orientale comme une entité composée de plusieurs milliers de combattants qui a exercé, non seulement les pouvoirs décrits par les parties civiles, mais surtout des pratiques généralisées d'intimidation, de pression et de répression, infligeant dans ce cadre des violences et causant des douleurs et des souffrances, soit exactement le cadre prévu par la Convention de New York.***

*Dans la mesure où **il ne convient pas à ce stade d'apprécier les éléments constitutifs de l'infraction de torture, mais seulement de vérifier que les conditions d'application de la compétence universelle résultant de ladite Convention sont réunies**, le moyen tendant à l'incompétence des juridictions françaises sera rejeté.*

B - L'interprétation de la notion d'auteur de tortures de l'article 689-2 du code de procédure pénale

A la suite de la ratification de la Convention contre la torture par la France, ratification autorisée par la loi n° 85-1173 du 12 novembre 1985, le législateur français a procédé à plusieurs adaptations de la législation nationale, notamment par la création de l'article 689-2 du code de procédure pénale. Il a, alors, fait le choix de renvoyer directement à l'article 1er de la Convention contre la torture s'agissant de la définition de l'infraction.

Dans sa version d'origine, résultant de la loi n° 85-1407 du 30 décembre 1985, l'article 689-2 du code de procédure pénale disposait :

Quiconque, hors du territoire de la République, s'est rendu coupable de faits qualifiés crime ou délit qui constituent des tortures au sens de l'article premier de la convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, adoptée à New York le 10 décembre 1984, peut être poursuivi et jugé par les juridictions françaises s'il est trouvé en France.

L'emploi du pronom « quiconque » traduit-il une volonté du législateur de prévoir pour les juridictions françaises un champ de compétence *ratione personae* plus large que celui prévu par la Convention ? La référence à l'article 1er de la Convention contre la torture est faite par renvoi aux « tortures », à l'instar de la version de l'article 689-2 du code de procédure pénale actuellement en vigueur, dans laquelle le pronom «quiconque » sera remplacé par la locution « toute personne ».

On soulignera que le législateur ne pouvait pas alors faire référence à un texte du code pénal sur la torture, l'infraction autonome de torture n'ayant été introduite dans l'ordre juridique national que dans le nouveau code pénal de 1992 (article 222-1)[26] et les textes alors applicables ne définissant pas ce qu'était la circonstance aggravante de torture.

[26] Dans le code pénal de 1992, les tortures ou actes de barbarie sont réprimés à titre d'infraction autonome à l'article 222-1 qui incrimine le fait de « soumettre une personne à des tortures ou à des actes de barbarie ». Elles constituent aussi une circonstance aggravante de crimes ou de délits. Enfin, les tortures et actes de barbarie sont parfois aujourd'hui envisagés comme une composante ou un élément constitutif d'autres incriminations, par exemple des crimes contre l'humanité (article 212-1), des crimes de guerre (article 461-5), du terrorisme (article 421-1, 1°).

Au demeurant le code pénal de 1992 ne définira pas plus la notion de torture. Pour refuser de transmettre une question prioritaire de constitutionnalité portant sur les articles 222-1 et 224-2, alinéa 2, du code pénal, la chambre criminelle a énoncé que les actes relevant de la torture ou de la barbarie sont définis par l'article premier de la Convention de New-York du 10 décembre 1984 contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, ratifiée par la France le 18 février 1986[27].

Dans le code pénal, la « qualité » de l'auteur est indifférente à la constitution de l'infraction.

L'article 689-2 du code de procédure pénale, modifié ultérieurement par les lois n° 92-1336 du 16 décembre 1992 et n° 99-515 du 23 juin 1999, se référera toujours à la seule notion de torture *au sens de l'article 1er de la Convention de New York*.

Les débats parlementaires accessibles relatifs à la loi n° 85-1407 du 30 décembre 1985, ayant créé l'article 689-2 du code de procédure pénale, et aux lois n° 92-1336 du 16 décembre 1992 et n° 99-515 du 23 juin 1999, ayant modifié cet article**, ne révèlent pas que la notion de tortures ou d'auteur de tortures a été débattue[28].**

Il ressort du rapport du Sénat n° 139[29] fait au nom de la Commission des lois que l'Assemblée nationale a adopté de manière conforme l'article 64 bis A, introduit dans le projet de loi par le Sénat, qui visait à « la mise en harmonie de notre législation avec la convention des Nations unies sur la torture ».

L'article 5, paragraphe 3, de la Convention est une clause sans préjudice des législations nationales qui souhaiteraient adopter une approche plus large. Dans son Observation générale n° 2 en date du 24 janvier 2008, le Comité contre la torture a affirmé, à propos de la manière d'adopter des mesures efficaces pour prévenir la torture que : *Les États parties doivent ériger la torture en infraction passible de sanctions pénales. Pour cela, ils doivent se fonder à tout le moins sur la définition de la torture figurant à l'article premier de la Convention, et sur les dispositions de l'article 4. […] [W]e Comité reconnaît que les définitions de portée plus vaste inscrites dans les lois nationales servent également l'objet et le but de la Convention pour autant, à tout le moins, qu'elles contiennent les normes énoncées dans la Convention*[30].

[27] Crim., 21 juin 2017, pourvoi n° 17-82.068.

[28] Pour la loi n° 85-1407 du 30 décembre 1985, les travaux parlementaires ne sont accessibles que partiellement, sur le site du Sénat.

[29] p.5.

[30] Comité contre la torture, Observation générale n° 2 - Application de l'article 2 par les États parties, 24 janvier 2008 (CAT/C/GC/2).

Aucun arrêt de la chambre criminelle n'est venu préciser l'interprétation de la notion d'auteur de tortures de l'article 689-2 du code de procédure pénale.

Un arrêt du 6 janvier 1998 a considéré qu'il résulte de l'article 689-2 du code de procédure pénale que les juridictions françaises sont compétentes, dans les conditions prévues par l'article 689-1 du même code, pour juger les personnes qui se seraient rendues coupables, à l'étranger, de tortures, au sens de l'article 1er de la Convention de New York, dès lors que les faits délictueux sont susceptibles de revêtir, selon la loi française, une qualification entrant dans les prévisions de cet article[31].

Un auteur[32] a relevé que la chambre criminelle avait ajouté à la lettre de l'article 689-2 du code de procédure pénale en précisant que les juridictions françaises sont compétentes, dans les conditions prévues par l'article 689-1, « dès lors que les faits délictueux sont susceptibles de revêtir, selon la loi française, une qualification entrant dans les prévisions de cet article ».

Cet arrêt peut cependant être interprété comme renvoyant simplement à la loi nationale pour l'incrimination de l'infraction, c'est-à-dire la qualification et la peine, en vertu des principes généraux selon lesquels la loi française est seule appliquée par les juridictions françaises[33].

Dans le même sens, on peut citer notamment un arrêt du 23 janvier 2019[34] : *Mais attendu qu'en disposant ainsi, sans mieux rechercher, d'une part, si le fait de subir un simulacre d'exécution, tel que décrit par le plaignant, pris en lui-même ou cumulé aux violences dont il a signalé l'existence, ne caractérisait pas un acte de torture au sens de l'article 1er de la Convention de New York et de l'article 222-1 du code pénal [...].*

La quasi-totalité des affaires dans lesquelles la Convention de 1984 a été invoquée devant la chambre criminelle se rapporte à des cas de « torture officielle », à l'exception de l'affaire dite du MC Ruby[35]. Dans cette espèce, la chambre criminelle a conclu à la compétence des juridictions françaises pour connaître, sur le fondement de l'article 689-2 du code de procédure pénale, de faits de torture commis, par des marins ukrainiens à l'encontre de migrants ghanéens, en haute mer à bord d'un porte-conteneur, battant pavillon des Bahamas et effectuant un transport de marchandises.

---

31 Crim., 6 janvier 1998, pourvoi n° 96-82.491, Bull. crim. 1998, n° 2.

32 Michel Massé, « L'affaire du prêtre rwandais (suite) », RSC 1998, p. 837, § 7.

33 Crim., 23 octobre 2002, pourvoi n° 02-85.379, Bull. crim. 2002, n° 195 : l'exercice par une juridiction française de la compétence universelle emporte application de la loi française, même en présence d'une loi étrangère portant amnistie des faits poursuivis.

34 Crim., 23 janvier 2019, pourvoi n° 18-80.842.

35 Crim., 3 mai 1995, pourvoi n° 95-80.725, Bull. crim. 1995, n ° 161.

En doctrine, la question de savoir si la compétence universelle des juridictions françaises concerne exclusivement les faits de torture commis par les auteurs visés par la Convention de New York ne semble pas avoir été débattue.

Ainsi, Romain Ollard écrit-il[36] :

En dépit des formulations générales prohibant la torture qu'ils contiennent, les différents textes internationaux (…) sont des instruments normatifs s'adressant au premier chef aux États, destinés à régler leur conduite. Ce qui y est solennellement condamné, ce sont les tortures et traitements inhumains ou dégradants commis par des agents publics, au nom de la puissance publique. Ainsi particulièrement, l'article 1er de la Convention de New York contre la torture adoptée par l'ONU le 10 décembre 1984 vient-il cantonner le champ d'application du texte aux tortures « qui sont infligées par un agent de la fonction publique ou toute autre personne agissant à titre officiel, ou à son instigation, ou avec son consentement exprès ou tacite » et encore, seulement lorsque ces tortures sont exercées « aux fins d'obtenir (…) des renseignements ou des aveux, de la punir d'un acte ou de l'intimider ou de faire pression sur elle (…) ou pour tout autre motif fondé sur une forme de discrimination.
(...)
21. – Supériorité des traités internationaux sur la loi pénale – Cette limitation du champ d'application de la Convention demeure toutefois sans incidence sur le domaine de la responsabilité pénale encourue, en droit français, au titre de l'infraction de tortures ou actes de barbarie. Car si, en vertu de l'article 55 de la Constitution, les traités internationaux régulièrement approuvés ou ratifiés ont une autorité supérieure à celle des lois, cette autorité ne saurait s'étendre au-delà du champ d'application du texte international, limité en l'occurrence aux seules tortures commises par un agent public (en ce sens, V. également Ph. Conte, Droit pénal spécial : LexisNexis, 6e éd., 2019, n° 212. – A. Lepage, H. Matsopoulou, Droit pénal spécial : PUF, 1re éd., 2015, n° 92. – J. Pradel, M. Danti-Juan, Droit pénal spécial : Cujas, 8e éd., 2020, n° 54). Ainsi, malgré la supériorité des traités sur la loi, la répression pénale n'est-elle pas limitée aux tortures commises par des agents publics, de même qu'elle n'a pas à être cantonnée à la poursuite d'un but particulier tenant notamment à l'extorsion de renseignements ou d'aveux. En d'autres termes, si l'État français est certes tenu de sanctionner pénalement les faits de tortures (V. n° 26), la loi pénale est en revanche autonome quant à la détermination de son champ d'application. Les traités internationaux n'en conservent pas moins en la matière, sinon une autorité de jure s'imposant au juge, du moins une autorité de fait permettant de guider l'interprète dans l'appréhension des concepts de tortures et actes de barbarie.
22. – Extension de la loi pénale aux tortures commises par des particuliers – Ainsi, la vocation de la loi pénale française dans la lutte contre les tortures et actes de barbarie est-elle plus large qu'en droit international puisque la répression a toujours permis d'atteindre, tant sous l'empire de l'ancien code que

[36] *J.-Cl. Pén*., art. 222-1 à 222-6-4, fasc. 20 : Tortures et actes de barbarie,mise à jour au 2 mai 2022, par Romain Ollard, §20.

de l'actuel, toutes les formes de tortures ou actes de barbarie, qu'ils soient infligés par des agents publics au nom de la puissance publique ou par de simples particuliers agissant à des fins personnelles.

C - L'interprétation internationale

A supposer que la locution « toute personne coupable de tortures au sens de l'article 1er de la convention », contenue dans l'article 689-2 du code de procédure pénale, renvoie également à la définition, par la Convention, de l'auteur des actes de torture, la compétence universelle de l'article 689-2 précité serait limitée aux tortures imputées à un agent de la fonction publique ou une personne agissant à titre officiel ou à son instigation ou avec son consentement exprès ou tacite.

Quelle est l'interprétation internationale de la notion d'auteur de tortures au sens de la Convention de New York ?

C. 1. Les travaux préparatoires de la Convention

Christine Chanet[37] indique que l'article 1er de la Convention, qui définit la torture, a donné lieu à de nombreux débats au sein du groupe de travail ayant préparé le texte de la Convention. Il est le résultat d'un compromis et *ne concerne que la "torture officielle", c'est à dire celle qui est pratiquée ou ordonnée par une personne investie d'une fonction officielle, à l'exclusion des tortures pratiquées entre personnes privées. Le texte est muet sur l'usurpation de fonctions.*

Les travaux préparatoires de la Convention permettent d'éclairer les raisons de cette restriction :
« 29. **Selon cette définition, la torture est limitée aux actes commis " par un agent de la fonction publique ou avec son consentement ou son acquiescement ".**
L'idée d'agent de la fonction publique est retenue pour rendre la convention plus largement acceptable en dissipant toute crainte que le droit pénal international n'essaie d'empiéter sur le domaine traditionnellement réservé au droit interne. Dans les cas où aucun agent de la fonction publique n'est en rien impliqué, il est des plus probables que le tortionnaire sera appréhendé et puni conformément aux lois du pays : en l'occurrence une convention internationale n'est pas nécessaire[38]. »

On peut noter que la France s'était opposée à la définition de la torture qui a finalement été retenue : « La torture étant condamnable en elle-même, la

[37] Christine Chanet, « La convention des Nations Unies contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants », *Annuaire français de droit international*, éditions du CNRS, 1984, p. 625-636.

[38] Conseil économique et social des Nations Unies, commission des droits de l'homme, 35ème session, E/CN.4/1314, 19 décembre 1978, § 29.

convention ne peut avoir d'autre raison que de la proscrire absolument et ne saurait se limiter à des cas particuliers définis d'après la qualité des auteurs d'actes de torture[39]. »

La fiche d'information intitulée « Combattre la torture », datée du 1er mai 2002 et figurant sur le site du Haut-commissariat des Nations Unies pour les droits de l'homme, indique[40]:
Torture et éléments non étatiques
Selon la définition de la torture figurant au paragraphe 1 de la Convention contre la torture, un acte par lequel « une douleur ou des souffrances aiguës » sont causées ne peut être considéré comme un acte de torture que s'il est infligé « par un agent de la fonction publique ou toute autre personne agissant à titre officiel ou à son instigation ou avec son consentement exprès ou tacite ». Les actes de torture et autres formes de mauvais traitement infligés par des membres d'organes chargés de l'application de la loi, de groupes paramilitaires, de forces de défense civile et d'autres forces opérant pour le compte du gouvernement ou tolérés par lui relèvent de cette définition. Le Rapporteur spécial sur la torture considère que la responsabilité de l'État est aussi engagée lorsque les autorités nationales sont « incapables ou ne sont pas disposées » à accorder une protection efficace contre les mauvais traitements (c'est-à-dire lorsqu'elles ne prennent pas les mesures requises pour empêcher de tels actes ou y remédier), y compris les mauvais traitements infligés par des éléments non étatiques.

C. 2. L'interprétation de la qualité d'agent de la fonction publique ou de la personne ayant agi à titre officiel par le Comité contre la torture

L'article 17 de la Convention contre la torture institue le Comité contre la torture (ci-après le Comité), chargé du contrôle de l'application des dispositions de la Convention par les États parties et de leur interprétation.

Le Comité rend des observations et des rapports annuels concernant l'application des dispositions de la Convention contre la torture. Il s'agit d'un organe composé d'experts élus par les États membres des Nations Unies, dont les observations finales, formulées dans le cadre des procédures de surveillance et de vérification, ont valeur de recommandation et ne revêtent pas de force obligatoire[41].
Le Comité a pu préciser les contours de la qualité d'auteur à différentes occasions, à la fois dans ses commentaires généraux et dans plusieurs

[39] Ibid., §31.

[40] Fiche d'information n° 4 : Combattre la torture, 1er mai 2002, Haut-commissariat des Nations Unies pour les droits de l'homme.

[41] Par contre, les constatations faites dans le cadre de requêtes individuelles sont des décisions obligatoires pour leurs destinataires. Cf ; *J.-Cl. Droit international*, Fasc. 121-40 : Organisation des Nations Unies – Comité des droits de l'homme et autres comités mis en place par les conventions de protection des droits de l'homme des Nations Unies, mise à jour 1er avril 2015, par Yann Kerbrat.

décisions rendues en application du mécanisme de plainte des organes conventionnels de l'ONU.

L'interprétation du Comité permet-elle d'attribuer les comportements à un État partie si les faits émanent d'entités ou de groupes non étatiques ?

C'est dans le cadre de l'application de l'article 3 de la Convention, lorsqu'il s'agit d'évaluer les risques de torture auxquels un requérant pourrait être confronté en cas d'expulsion, que le Comité semble avoir adopté une interprétation plus large de la notion d'auteur de tortures.

Il avait ainsi considéré, dans une décision Elmi c. Australie, que, dans la circonstance exceptionnelle d'une absence totale d'autorité de l'État, les actes de groupes exerçant une autorité quasi-gouvernementale pouvaient relever de la définition de l'article premier, et donc appeler l'application de l'article 3. C'est ainsi que l'expression « agissant à titre officiel » incluait les autorités *de facto*, y compris les groupes rebelles et insurgés qui « exercent certains pouvoirs qui sont comparables à ceux qu'exerce normalement un gouvernement légitime »[42] :

> *6.5 Le Comité ne partage pas l'opinion de l'État partie selon laquelle la Convention n'est pas applicable dans la présente affaire étant donné que les actes de torture auxquels l'auteur craint d'être soumis en Somalie ne relèvent pas de la définition de la torture figurant à l'article premier (à savoir une douleur ou des souffrances infligées par un agent de la fonction publique ou toute autre personne agissant à titre officiel ou à son instigation ou avec son consentement exprès ou tacite, en l'espèce à des fins de discrimination).Le Comité note que depuis un certain nombre d'années la Somalie n'a pas de gouvernement central, que la communauté internationale négocie avec les factions en guerre et que certaines des factions opérant à Mogadiscio ont mises en place des institutions quasi gouvernementales et négocient l'établissement d'une administration commune. Il s'ensuit donc que, de facto, ces factions exercent certains pouvoirs qui sont comparables à ceux qu'exerce normalement un gouvernement légitime. En conséquence, on peut considérer qu'aux fins de l'application de la Convention, les membres de ces factions relèvent de la désignation "agent de la fonction publique ou toute autre personne agissant à titre officiel" qui figure à l'article premier.*

Le Comité avait alors relevé, afin de qualifier des acteurs non-étatiques « d'agent de la fonction publique ou de personne ayant agi à titre officiel » :
- le fait que le pays considéré, ou au sein duquel les actes présumés ont été commis, soit dénué d'un gouvernement central,
- le fait que l'acteur non-étatique considéré a mis en place des institutions quasi-gouvernementales,
et

[42] Comité des Nations-Unis contre la torture (CAT), Elmi c. Australie, 25 mai 1999, Doc. ONU CAT/C/22/D/120/1998, § 6.5.

- le fait que l'acteur non-étatique exerce certaines prérogatives comparables à celles
exercées habituellement par les gouvernements dits légitimes.

Cette interprétation élargie de la qualité d'auteur de tortures issue de la décision Elmi c. Australie, n'a cependant pas été suivie dans d'autres décisions, notamment dans les décisions S.V c. Canada[43] et H.M.H.I c. Australie[44], où le Comité opte pour une interprétation plus restreinte de la qualité d'auteur de tortures.

Dans cette dernière décision, après avoir relevé que *dans l'affaire Elmi c. Australie, le Comité a jugé que, dans des circonstances exceptionnelles caractérisées par l'absence totale d'une autorité étatique, la définition figurant à l'article premier pouvait englober les actes des groupes exerçant une autorité quasi gouvernementale auxquels s'appliqueraient alors les dispositions de l'article 3*, le Comité considère que *trois années se sont écoulées depuis la décision dans l'affaire Elmi, et que la Somalie possède actuellement une autorité étatique revêtant la forme d'un gouvernement national de transition qui a des relations avec la communauté internationale encore que quelques doutes puissent exister quant à l'étendue de son pouvoir territorial et à sa longévité.*
En conséquence le Comité n'est pas d'avis que la situation exceptionnelle décrite dans l'affaire Elmi puisse être invoquée en l'espèce et applique sa règle générale selon laquelle les actes d'entités non gouvernementales sont en dehors du champ d'application de l'article 3 de la Convention.

Selon un auteur, dans ces décisions, le Comité a affirmé l'importance du critère de l'absence d'un gouvernement centralisé dans le pays au sein duquel un groupe armé non étatique exerce son influence, afin que les membres de ce dernier puissent être considérés comme auteurs de tortures au sens de l'article 1er de la Convention[45].

Dans une décision plus récente **SS c. Pays-Bas**, le Comité a précisé que la **Convention contre la torture trouve à s'appliquer aux douleurs et souffrances infligées par une entité non-gouvernementale lorsque celle-ci *occupe le territoire vers lequel le requérant serait renvoyé et exerce une autorité quasi gouvernementale sur ce territoire***, sans poser aucun autre critère[46].

---

[43] Comité des Nations-Unis contre la torture (CAT), S.V et al. c. Canada, Doc. ONU CAT/C/26/D/49/1996, 15 mai 2001, § 9.5 (disponible uniquement en anglais).

[44] Comité des Nations-Unis contre la torture (CAT), H.M.H.I c. Australie, Doc. ONU CAT/C/28/D/177/2001, 1er mai 2002, § 6.4 (version française disponible sur le site du Haut commissariat pour les droits de l'homme des Nations unies).

[45] K. Fortin, « The accountability of Armed Groups under Human Rights Law », *Oxford University Press*, 2017 (disponible uniquement en anglais).

[46] Comité des Nations-Unies contre la torture (CAT), S.S. c. Pays-Bas, Doc. ONU CAT/C/30/D/191/2001, 5 mai 2003, § 6.4 (version française disponible sur le site du Haut commissariat pour les droits de l'homme des Nations unies).

Selon **le commentaire de la Convention** de Manfred Nowak, Moritz Birk et Giuliana Monina[47] , qui se base essentiellement sur les décisions du Comité contre la torture :
Le terme « autre personne agissant à titre officiel » est clairement plus large que les seuls fonctionnaires de l'État. Il a été inséré sur proposition de l'Autriche afin de répondre aux préoccupations de la République fédérale d'Allemagne, qui souhaitait que certains acteurs non étatiques dont l'autorité est comparable à l'autorité gouvernementale soient également tenus pour responsables. Ces autorités de facto semblent être similaires aux « organisations politiques » qui, selon l'article 7 (2) (i) du Statut de la CPI, peuvent être tenues responsables du crime de disparition forcée par la CPI. On peut penser à des groupes de rebelles, de guérilleros ou d'insurgés qui exercent une autorité de facto dans certaines régions ou à des factions en guerre dans des « États défaillants ».

Ainsi, **les termes « toute autre personne agissant à titre officiel » pourraient, selon ce commentaire, inclure des groupes de rebelles, de guerilleros ou d'insurgés exerçant de facto une autorité dans certaines régions ainsi que les factions belligérantes dans les États dits défaillants.**

On soulignera aussi les développements de ce même commentaire relatifs à la signification de l'instigation, du consentement et de l'acquiescement :
Le terme instigation signifie l'incitation, la persuasion ou la sollicitation et, en tant que tel, requiert l'implication et la participation directe ou indirecte d'un agent public. Les termes de consentement ou d'acquiescement sont toutefois beaucoup plus larges et peuvent en fait être interprétés comme couvrant un large éventail d'actions commises par des personnes privées si l'État permet d'une manière ou d'une autre la poursuite de ces activités[48]. En effet, les États doivent faire preuve de diligence raisonnable pour prévenir, enquêter et punir les actes de torture.

[...] **On peut donc conclure que l'article 3 de la Convention contre la torture s'applique aussi lorsqu'il y a un risque de torture par des acteurs non étatiques lorsque l'État n'exerce pas la diligence requise pour intervenir, ou lorsque l'État est incapable d'intervenir parce qu'il a perdu le contrôle du territoire vers lequel le requérant doit être renvoyé**[49]*.*

C. 3. L'interprétation de la qualité d'agent de la fonction publique ou de la personne ayant agi à titre officiel par la Cour suprême du Royaume-Uni

[47] Manfred Nowak, Moritz Birk, Giuliana Monina, *The United Nations Convention against torture and its optionnal protocol, A commentary*, Oxford, second edition, 2019, Commentaire de l'article 1, 3.1.6.2, § 125, p. 60, en anglais. Est ici proposée une traduction libre. Manfred Nowak a été rapporteur spécial sur la torture de la Commission des droits de l'homme des Nations unies de 2004 à 2010.

[48] Ibid, commentaire de l'article 1, 3.1.6.3, § 128, traduction libre.

[49] Ibid, commentaire de l'article 3, p. 131 et s., 3.5.4, § 133, traduction libre.

La Cour suprême du Royaume-Uni a été amenée à interpréter la notion d'auteur de tortures, telle que définie par l'article 1er de la Convention contre la torture, dans un arrêt R v. Reeves Taylor v. Crown Prosecution Service du 13 novembre 2019[50].

La décision porte sur l'interprétation de la notion de « personne agissant à titre officiel » contenue à l'article 134 (1) de la loi sur la justice pénale de 1988 (Criminal Justice Act, « CJA »), qui a transposé en droit interne certaines obligations du Royaume-Uni en vertu de la Convention des Nations Unies contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants de 1984.

L'article 134 (1) de la CJA dispose que « Un agent public ou une personne agissant à titre officiel, quelle que soit sa nationalité, commet le délit de torture si, au Royaume-Uni ou ailleurs, il inflige intentionnellement une douleur ou des souffrances aiguës à une autre personne dans l'exercice ou le prétendu exercice de ses fonctions officielles ».

Dans cette décision, la Cour suprême a relevé que l'article 134 (1) étant la transposition de la Convention de New-York, il doit être interprété dans le même sens que l'article 1 de ladite Convention.

Dans sa décision, la Cour se réfère à l'interprétation du Comité retenue dans la décision S.S. c. Pays-Bas, reconnaissant la qualité d'auteur de tortures aux groupes armés non étatiques qui « occupe[nt] et exerce[nt] une autorité quasi gouvernementale sur un territoire donné ».

Elle conclut que la notion « une personne agissant à titre officiel » de l'article 134 (1) CJA inclut une personne qui agit ou prétend agir, autrement qu'à titre privé et individuel, pour le compte ou au nom d'une organisation ou d'un organisme qui exerce, dans le territoire contrôlé, des fonctions normalement exercées par des gouvernements sur leurs populations civiles[51].
Elle ne retient pas le critère de l'absence d'un gouvernement central, et applique ainsi les dispositions de la Convention contre la torture aux groupes armés exerçant un contrôle *de facto* sur une partie de la population et du territoire d'un État, et ce alors même qu'il subsiste un gouvernement officiel et régulier sur le territoire de l'État considéré.

C. 4. L'éclairage du droit international

[50] Supreme Court, 13 novembre 2019, R v. Reeves Taylor v. Crown Prosecution Service, UKSC 2019/0028 (arrêt et résumé disponibles uniquement en anglais).

[51] Cette affaire concernait un membre du Front national patriotique du Liberia qui a été arrêté au Royaume-Uni et inculpé de plusieurs chefs d'accusation de torture. Les charges se rapportaient à des événements survenus au début de la première guerre civile libérienne, en 1990, lorsque le groupe armé Front national patriotique du Liberia a pris le contrôle de certaines parties du Liberia. Son leader, Charles Taylor, est ensuite devenu président du Liberia en 1997.

1°) Les règles relatives à l'engagement de la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite

Les règles relatives à l'engagement de la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite peuvent conduire à retenir la responsabilité de l'État pour des faits commis par des acteurs non-étatiques dans des circonstances exceptionnelles.

Les règles relatives à l'engagement de la responsabilité internationale de l'État résultent de normes non-écrites du droit international, qui ont fait l'objet d'un travail de codification de la part de la Commission du droit international des Nations Unies. Bien que les États n'aient pas souhaité faire des travaux de la Commission une convention internationale, les Articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite constituent une référence des praticiens et sont fréquemment cités par les juridictions internationales, en particulier la Cour internationale de Justice.

Les articles 4 à 8 traitent des hypothèses d'engagement de la responsabilité de l'État pour des faits commis par ses organes, des personnes ou des entités exerçant des prérogatives de puissance publique ou agissant sous sa direction ou son contrôle.

L'article 9 traite de l'hypothèse exceptionnelle où une personne ou un groupe de personnes exerce des prérogatives de puissance publique, en l'absence des autorités officielles et sans aucun pouvoir à cet effet :

> Le comportement d'une personne ou d'un groupe de personnes est considéré comme un fait de l'État d'après le droit international si cette personne ou ce groupe de personnes exerce en fait des prérogatives de puissance publique en cas d'absence ou de carence des autorités officielles et dans des circonstances qui requièrent l'exercice de ces prérogatives.

L'article 9 établit trois conditions cumulatives pour que le comportement puisse être attribué à l'État : i) le comportement doit se rapporter effectivement à l'exercice de prérogatives de puissance publique ; ii) le comportement doit avoir été adopté en cas d'absence ou de carence des autorités officielles ; et iii) il faut que les circonstances aient justifié l'exercice de ces prérogatives de puissance publique.

Il ressort des travaux de la Commission du droit international que l'hypothèse renvoie à des « circonstances exceptionnelles, telles qu'une révolution, un conflit armé ou une occupation étrangère au cours desquels les autorités régulières sont dissoutes, disparaissent, ont été supprimées ou sont temporairement inopérantes ».

Il est par ailleurs précisé que les personnes privées visées à l'article 9 ne sont pas assimilables à un gouvernement général de fait. Les hypothèses de l'article 9 supposent l'existence d'un gouvernement officiel et d'un appareil d'État, dont

des irréguliers prennent la place, ou dont l'action est complétée dans certains cas. Ceci peut se produire sur une partie du territoire de l'État sur laquelle ce dernier n'est temporairement pas en mesure d'exercer un contrôle, ou dans d'autres circonstances spécifiques.

2°) L'évolution de la définition coutumière de la torture : l'affaire Kunarac

Les tribunaux pénaux internationaux *ad hoc* utilisaient la définition de l'article 1er de la Convention, ce dont il résultait que seuls les agents publics ou les personnes agissant à leur instigation ou avec leur consentement pouvaient être mis en cause[52].

Le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY) a fait progressivement évoluer la définition coutumière de la torture.

Ainsi, dans le jugement Kunarac[53], le TPIY conclut que la définition de la torture en droit international humanitaire ne comporte pas les mêmes éléments que celle généralement appliquée dans le domaine des droits de l'homme. Il estime notamment que la présence d'un agent de l'État ou de toute autre personne investie d'une autorité n'est pas requise pour que la torture soit constituée en droit international humanitaire.

Par arrêt du 12 juin 2002[54], la chambre d'appel a rappelé que la Convention lie des États et vise à réglementer leurs activités ; c'est seulement à cette fin et dans cette mesure qu'elle traite des actes d'individus agissant à titre officiel. En conséquence, la condition posée par la Convention que l'acte de torture ait été commis par un individu agissant à titre officiel peut être considérée comme limitant les obligations des États : ils ne sont tenus d'engager des poursuites pour actes de torture que si ceux-ci sont commis par « un agent de la fonction publique ou toute autre personne agissant à titre officiel ». Puis, elle a énoncé que la chambre de première instance a eu raison de conclure en l'espèce que le droit international coutumier n'exige pas que le crime soit commis par un agent de la fonction publique lorsque la responsabilité pénale d'un individu est mise en cause en dehors du cadre fixé par la Convention relative à la torture.

3°) Le caractère impératif de l'interdiction des actes de torture et l'obligation des États d'extrader ou de poursuivre

L'interdiction de la torture et autres formes de mauvais traitements est consacrée dans plusieurs autres instruments conventionnels que la Convention de New York, notamment les Conventions de Genève de 1949 et leurs Protocoles

---

[52] Edouard Delaplace, « La torture », *in Droit international pénal*, éditions Pedone, deuxième édition révisée, chapitre 15, p. 226.

[53] Le Procureur c/ D. Kunarac, R. Kovac et Z. Vukovic, 22 février 2001, Affaire N°IT-96-23-T&IT-96-23/1-T, § 496.

[54] Le Procureur c/ D. Kunarac, R. Kovac et Z. Vukovic, 12 juin 2002, Affaire N°IT-96-23-T&IT-96-23/1-T, § 146 et 148.

additionnels de 1977, le Pacte international des droits civils et politiques de 1966 ou encore la Convention européenne des droits de l'Homme[55].

Il est établi que l'interdiction de la torture constitue une règle de droit international coutumier et revêt le caractère de norme impérative du droit international général, ainsi que l'a affirmé la Cour internationale de justice dans l'affaire relative aux Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal) : *l'interdiction de la torture relève du droit international coutumier et elle a acquis le caractère de norme impérative (jus cogens)*[56]*.*

La Cour estime que chaque État partie à la Convention contre la torture a des obligations qui lui imposent d'incriminer la torture, d'établir la compétence de ses juridictions pour connaître du crime de torture afin de se doter de l'arsenal juridique nécessaire pour poursuivre ce type d'infraction, et de procéder immédiatement à une enquête préliminaire aussitôt que le suspect se trouve sur son territoire. La Cour énonce : *Ces obligations, dans leur ensemble, peuvent être considérées comme des éléments d'un même dispositif conventionnel visant à éviter que les suspects ne puissent échapper à la mise en jeu, s'il y a lieu, de leur responsabilité pénale*.

La Cour internationale de justice n'a pas encore eu l'occasion de statuer sur le caractère coutumier ou non de l'obligation d'extrader ou de poursuivre[57].

Le développement du système international en matière de répression des crimes les plus graves au cours des deux dernières décennies, ainsi que le renforcement de *l'opinio juris* des États concernant la nécessité de lutter contre l'impunité peuvent-ils convaincre du caractère coutumier désormais acquis de l'obligation d'extrader ou de poursuivre à ce sujet ?

II - L'article 689-11 du code de procédure pénale, genèse et perspectives

C'est l'article 8 de la loi n° 2010-930 du 9 août 2010*, portant adaptation du droit pénal à l'institution de la Cour pénale internationale,* qui a créé l'article 689-11 du code de procédure pénale.

A - Le statut de la Cour pénale internationale et la Convention de Rome[58]

55

56 CIJ, arrêt, Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal), Recueil 2012, p.457, par.99. Egalement TPIY, Al-adsani c. Royaume-Uni, 21 novembre 2001, § 60, Recueil des arrêts et décisions 2001-XI).

57 Commission du droit international, Rapport final sur l'obligation d'extrader ou de poursuivre (*aut dedere aut judicare*), Ann. CDI, 2014, vol. II(2), paras. 54-55.

58 Sont repris ici des éléments du rapport de C. Guéry afférent au pourvoi B 2181344.

Le 17 juillet 1998 à Rome, une conférence diplomatique a adopté un traité portant statut de la Cour pénale internationale, première cour pénale internationale permanente.

La France a ratifié la convention de Rome le 9 juin 2000, après avoir modifié sa Constitution – elle fut le premier État à le faire – par la loi constitutionnelle n° 99-568 du 8 juillet 1999, qui a ajouté un article 53-2 prévoyant que *la République peut reconnaître la juridiction de la Cour pénale internationale dans les conditions prévues par le traité signé le 18 juillet 1998*.

La Convention de Rome est entrée en vigueur le 1er juillet 2002, après sa ratification par plus de 60 pays.

D'après le site de la Cour pénale internationale, aujourd'hui, 123 pays sont États Parties au Statut de Rome. Il faut toutefois relever que la Chine, la Russie, les USA et Israël ne sont pas parties. De même en est-il de la Syrie.

L'exercice de sa compétence par la Cour pénale internationale est soumis au respect de conditions matérielles, personnelles, temporelles, et territoriales.

S'agissant de sa compétence matérielle, la Cour exerce sa compétence à l'égard des personnes pour les crimes les plus graves, à savoir le génocide, les crimes contre l'humanité, les crimes de guerre et le crime d'agression (articles 5 à 8 bis du Statut).

D'un point de vue temporel, elle est compétente pour les crimes commis après l'entrée en vigueur du Statut de Rome, le 1er juillet 2002 (article 11 du Statut).

S'agissant de sa compétence personnelle, la Cour a compétence pour des faits commis par des nationaux d'un État partie au Statut de Rome, peu importe le lieu de leur commission (article 12 du Statut)[59].
Enfin, la compétence territoriale de la Cour pénale internationale, qui est un tribunal créé par un traité international, auquel les États choisissent librement d'adhérer ou non, se limite en principe aux territoires des États parties au Statut de Rome. Cependant, elle peut également s'étendre aux territoires d'États tiers, si au moins un des éléments constitutifs du crime est commis sur le territoire d'un État partie (article 12 du Statut)[60]. La Cour est également compétente pour connaître de toute situation en cas de saisine par le Conseil de sécurité des Nations Unies (article 13 du Statut)[61].

[59] C'est sur ce fondement qu'un examen préliminaire avait été ouvert sur les allégations de crimes de guerre commis par les forces armées britanniques en Irak.
Le 9 décembre 2020, le Procureur a clos l'examen préliminaire de la situation et a décidé de ne pas demander l'ouverture d'une enquête.

[60] La Cour pénale internationale s'est ainsi déclarée compétente sur le crime de déportation, qui a débuté au Myanmar (État non partie) et s'est poursuivi au Bangladesh (État partie).

[61] Cela s'est produit pour le Darfour et la Libye.

L'article 1er du Statut présente la Cour comme complémentaire des juridictions nationales.

B - L'adoption de l'article 689-11 du code de procédure pénale

Le projet de loi *portant adaptation du droit pénal à l'institution de la Cour pénale internationale* avait pour objet, après la loi n° 2002-268 du 26 février 2002 ayant mis en place une procédure de coopération judiciaire entre les autorités françaises et la Cour pénale internationale, d'adapter le droit pénal français à l'instauration de ladite Cour, notamment en instituant une définition des crimes de guerre et en précisant la définition du crime contre l'humanité.

Devant le Sénat, ont été adoptés deux amendements identiques, respectivement présentés par MM. Fauchon et Zochetto[62] ainsi que M. Gélard, rapporteur[63], au nom de la commission, portant article additionnel, devenu l'article 7 bis durant les travaux parlementaires[64], **avec l'avis favorable du gouvernement, et visant à accorder aux juridictions françaises une compétence extraterritoriale encadrée pour les crimes relevant de la compétence de la Cour pénale internationale65**, soit les génocides, crimes contre l'humanité et crimes de guerre.

A l'Assemblée nationale, le rapporteur de la commission des lois, M. Mariani, député, estimait que : « la question du champ de la compétence extraterritoriale reconnue aux juridictions françaises doit être analysée au regard tant de l'exigence d'efficacité de la justice pénale internationale et de la prévention de toute situation d'impunité, que du souci de ne pas tomber dans les excès qu'ont connus d'autres pays, tels l'Espagne et la Belgique, et d'éviter toute instrumentalisation de notre pays par une multiplication de plaintes contre des personnes ne faisant qu'un bref séjour sur notre sol. »

L'article 689-11 du code de procédure pénale, issu de la loi n° 2010-930 du 9 août 2010, disposait :

Peut être poursuivie et jugée par les juridictions françaises toute personne qui réside habituellement sur le territoire de la République et qui s'est rendue coupable à l'étranger de l'un des crimes relevant de la compétence de la Cour pénale internationale en application de la convention portant statut de la Cour pénale internationale signée à Rome le 18 juillet 1998, si les faits sont punis par la législation de l'État où ils ont été commis ou si cet État ou l'État dont elle a la nationalité est partie à la convention précitée.

---

62 Amendement n° 10 rectifié ter.

63 Amendement n° 61.

64 Et l'article 8 de la loi.

65 Rapport n° 2157 enregistré le 19 mai 2010 fait au nom de la commission des lois sur le projet de loi, adopté par le Sénat, portant adaptation du droit pénal à l'institution de la Cour pénale internationale, par M. Mariani, député.

La poursuite de ces crimes ne peut être exercée qu'à la requête du ministère public si aucune juridiction internationale ou nationale ne demande la remise ou l'extradition de la personne. A cette fin, le ministère public s'assure auprès de la Cour pénale internationale qu'elle décline expressément sa compétence et vérifie qu'aucune autre juridiction internationale compétente pour juger la personne n'a demandé sa remise et qu'aucun autre État n'a demandé son extradition.

Il instituait donc une compétence universelle encadrée, ou « verrouillée » selon certains auteurs, puisqu'à la différence des autres cas de compétence universelle figurant dans le même chapitre du code de procédure pénale, il exigeait la réunion de quatre conditions cumulatives :
- une condition de résidence habituelle en France[66] ;
- une condition de double incrimination : en dehors des cas où les faits poursuivis ont été commis sur le territoire d'un État partie à la Convention de Rome ou par une personne ayant la nationalité d'un tel État, les faits poursuivis doivent être punis par la loi de l'État où ils ont été perpétrés ;
- la poursuite doit être engagée par le ministère public : l'action publique ne peut pas être mise en mouvement par une plainte avec constitution de partie civile ;
- la poursuite ne peut être exercée que si aucune juridiction internationale ou nationale ne demande la remise ou l'extradition de la personne et si la Cour pénale internationale décline expressément sa compétence[67].

Selon André Huet, Renée Koering-Joulin et Kevin Mariat[68], la Convention de Rome portant statut de la Cour pénale internationale n'impose pas aux États de poursuivre directement les auteurs des crimes internationaux, et ce bien que le préambule de la Convention énonce qu'il *est du devoir de chaque État de soumettre à sa juridiction criminelle les responsables de crimes internationaux*[69].

Il résulte clairement des débats parlementaires que telle était l'analyse du législateur de 2010.

Ainsi, lors de la séance au Sénat du 10 juin 2008, M. Patrice Gélard, rapporteur, indique : « Le statut de Rome créant la Cour pénale internationale n'exige pas que les États se reconnaissent une compétence universelle pour juger tous les auteurs de crimes contre l'humanité et tous les criminels de guerre, même sans aucun lien de rattachement avec leur pays. Une telle compétence ne serait pas

[66] L'article 689-14 du code de procédure pénale, relatif à la protection des biens culturels en cas de conflit armé, prévoit cependant une condition identique.

[67] En donnant priorité à la Cour pénale internationale, la loi française inversait la mise en œuvre du principe de complémentarité retenu par le Statut de la Cour.

[68] Fascicule Jurisclasseur précité.

[69] Pour une conception différente, cf. Xavier Philippe et Anne Desmarest, « Remarques critiques relatives au projet de loi "portant adaptation du droit pénal français à l'institution de la Cour pénale internationale" : la réalité française de la lutte contre l'impunité », *Revue française de droit constitutionnel*, 81, 2010, p. 41 et s.

acceptable à bien des égards. Toutefois, il convient également d'éviter que ces criminels ne résident en France sans pouvoir être inquiétés. Une compétence extraterritoriale de la France pour juger des faits étrangers à sa compétence habituelle pourrait donc être instaurée en droit interne pour ce genre de faits, à condition qu'elle reste circonscrite dans des limites raisonnables qui rendent notre action légitime. C'est ce qu'ont fait tous les États qui ont adopté le principe de la compétence dite " universelle ", mais qui n'a rien de vraiment universel. »

De la même manière, M. Mariani, député, rapporteur au nom de la commission des lois, lors de la discussion générale du 19 mai 2010 à l'Assemblée nationale, indiquait :
« Historiquement, la compétence universelle a été conçue pour surmonter les situations d'impunité auxquelles peut aboutir l'application des règles traditionnelles de compétence des juridictions nationales. Il en est bien ainsi dans les cas actuels de compétence universelle. Dans le système du Statut de Rome, en revanche, il ne revient pas aux États parties, mais à la CPI, de se substituer à l'État défaillant qui aurait été normalement compétent pour juger l'auteur d'un crime international.[...]
Votre rapporteur estime que l'équilibre trouvé au Sénat, qui va au-delà de nos obligations conventionnelles, est satisfaisant et doit être maintenu. Il doit nous prémunir de sombrer dans les errements qu'ont pu connaître certains de nos voisins européens.»

La compétence extraterritoriale des tribunaux français est donc conçue, par le législateur national, comme subsidiaire de la compétence de la Cour pénale internationale.

Sur les motifs et les fondements des restrictions apportées à la compétence universelle, il est particulièrement éclairant de se reporter aux **Observations du Gouvernement sur les recours dirigés contre la loi portant adaptation du droit pénal à l'institution de la Cour pénale internationale devant le Conseil constitutionnel**. On y lit :
2. Le Gouvernement souhaite faire observer qu'en tout état de cause, il n'est pas possible d'inférer du statut, et notamment pas de son article 1er, l'exigence de transposition qu'y trouvent les auteurs des saisines.
La seule obligation juridique d'adaptation des législations internes des États parties découlant du statut est énoncée à son article 86, qui prévoit une obligation de coopération avec la cour dans les enquêtes et les poursuites qu'elle mène pour les crimes relevant de sa compétence. Cette obligation a été remplie par l'adoption de la loi n° 2002-268 du 26 février 2002 qui a créé à cet effet les articles 627 et suivants du code de procédure pénale.
Pour le reste, le statut de la CPI, et notamment son article 1er, se borne à énoncer que la cour est « complémentaire des juridictions pénales nationales » sans préciser les conséquences qui s'attacheraient à cette formule. On trouve certes quelques éléments dans le préambule du statut, mais son dispositif en articles demeure quant à lui muet sur l'étendue ou la portée de ce principe.
On n'y trouve en particulier aucune obligation de transcription des incriminations prévues par le traité en droit national, ni quant à leur champ ni quant à la définition précise de chacune d'entre elles. On ne trouve pas davantage

d'obligation de reconnaître une compétence extraterritoriale au juge pénal français à l'effet de poursuivre et juger les crimes visés par le statut.
En réalité, c'est à titre autonome que le législateur a choisi d'intervenir en adoptant la loi déférée, sans y être contraint par l'incorporation en droit interne du traité portant statut de la Cour pénale internationale.
Le législateur conservait ainsi une marge de manœuvre réelle au regard de l'objectif qu'il s'était fixé à lui-même de rendre effectif le principe de complémentarité énoncé à l'article 1er de la convention.
Il est notamment mis en avant que l'article 689-11 du code de procédure pénale, contrairement aux autres articles qui reconnaissent une compétence universelle, ne dérive pas d'un instrument international (comme c'est le cas de l'article 689-2 du même code, par exemple).

Le Conseil constitutionnel, dans sa décision n° 2010-612 DC du 5 août 2010, a énoncé:
12. Considérant, en deuxième lieu, que, si la recherche des auteurs d'infractions est nécessaire à la protection de principes de valeur constitutionnelle, il ne résulte pas de cette exigence que les juridictions françaises devraient être reconnues compétentes à l'égard de crimes commis à l'étranger sur une victime étrangère et dont l'auteur, de nationalité étrangère, se trouve en France ; que le respect de la dignité de la personne, qui résulte du Préambule de la Constitution de 1946, n'impose pas davantage cette compétence ;
14. [...] que l'article 689-11 du code de procédure pénale a pour seul objet d'étendre la compétence des juridictions pénales françaises à certains crimes commis à l'étranger, par des personnes de nationalité étrangère sur des victimes elles-mêmes étrangères; qu'en définissant, dans cet article, les conditions d'exercice de cette compétence, le législateur a fait usage du pouvoir qui est le sien sans porter atteinte au principe d'égalité devant la loi et la justice ;
15. Considérant que le second alinéa de l'article 689-11 du code de procédure pénale impose au ministère public, préalablement à la mise en oeuvre de l'action publique, de s'assurer, auprès de la Cour pénale internationale, que cette dernière n'exerce pas sa compétence et de vérifier qu'aucune autre juridiction internationale compétente pour juger la personne n'a demandé sa remise et qu'aucun autre État n'a demandé son extradition ; qu'en adoptant ces dispositions, le législateur n'a méconnu aucune exigence constitutionnelle ; qu'il ne revient pas au Conseil constitutionnel de contrôler la compatibilité d'une loi aux stipulations d'un traité ou accord international ;

Le commentaire de la décision[70] note : *D'une part, cet article va au-delà des trois critères traditionnels qui conditionnent l'application de la loi pénale française : l'infraction a été commise sur le territoire français, l'auteur de l'acte est de nationalité française, la victime de l'acte est de nationalité française. Mais, d'autre part, cet article ne donne pas aux juridictions françaises de compétence universelle pour juger des crimes visés par la convention de Rome.*

S'agissant de la condition de résidence habituelle, le commentaire indique : *En réalité, ce qui était critiqué constitue un choix politique qui relève du pouvoir*

[70] Les Cahiers du Conseil constitutionnel Cahier n° 30.

d'appréciation du Parlement. [...] *Le législateur est libre de définir le lien de rattachement d'un agissement commis à l'étranger justifiant qu'il soit ou non jugé en France. En l'espèce, le législateur a estimé qu'un simple passage sur le territoire français n'est pas suffisant pour établir la justiciabilité de ces faits en France. En écartant un critère plus large (« se trouve »), le législateur a repris son choix traditionnel en matière de compétence. En outre, il a utilisé un critère déjà en vigueur dans notre droit. C'est, par exemple, celui utilisé à l'article 436-3 du code pénal pour la participation d'un mercenaire à un conflit armé.*

Il poursuit :

S'agissant de la condition de la double incrimination et du monopole de poursuite du parquet, le Conseil a également estimé qu'ils répondaient à des motifs d'intérêt général tenant à éviter, d'une part, que les juridictions françaises puissent être confrontées à la difficulté d'instruire et de juger des infractions sans lien de rattachement avec la France et, d'autre part, que la compétence des juridictions françaises ne soit instrumentalisée dans des conditions portant gravement atteinte à la conduite des relations internationales.

C - Un texte proposé au réexamen du législateur à maintes reprises

L'article 689-11 du code de procédure pénale a fait l'objet de plusieurs projets de modification, dont un seul a (partiellement) abouti.

Ainsi une proposition de loi, émanant de M. Jean-Pierre Sueur et d'autres sénateurs, tendant à modifier l'article 689-11 du code de procédure pénale, a été adoptée par le Sénat le 26 février 2013. Elle proposait, selon le rapporteur, M. Alain Anziani, de supprimer les quatre « verrous » à la compétence des juridictions françaises, notamment l'exigence de résidence habituelle sur le territoire français et la condition de double incrimination[71].

La proposition de loi, bien que transmise à l'Assemblée nationale le 26 février 2013, puis déposée à nouveau le 6 juillet 2017 et le 11 juillet 2022, et renvoyée à la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, ne sera pas inscrite à l'ordre du jour et ne fera pas l'objet d'un examen au fond.

Le contenu de cette proposition, adoptée par le Sénat le 26 février 2013, a été repris par un amendement (COM-103) adopté par la commission des lois du Sénat lors de la discussion du projet de loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice et du projet de loi organique relatif au renforcement de l'organisation des juridictions[72].

---

[71] Rapport n° 353 enregistré le 13 février 2013 fait au nom de la commission des lois sur la proposition de M. Jean-Pierre Sueur et plusieurs de ses collègues tendant à modifier l'article 689-11 du code de procédure pénale relatif à la compétence territoriale du juge français concernant les infractions visées par le statut de la Cour pénale internationale, par M. Alain Anziani, sénateur.

[72] Compte-rendu de la commission des lois du Sénat. Séance du 3 octobre 2018 ; discussion article 42.

Le gouvernement a œuvré pour la suppression de cet amendement, craignant selon les dires de Mme Nicole Belloubet, garde des Sceaux, l'instrumentalisation des juridictions à des fins politiques.
Il s'est heurté à la résistance de la commission des lois de l'Assemblée nationale[73].

Finalement, **la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019** de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice a supprimé l'inversion du principe de complémentarité entre les juridictions pénales françaises et la Cour pénale internationale et la condition de double incrimination pour le génocide. Elle a maintenu cette condition pour les autres crimes contre l'humanité et les crimes de guerre.

Et André Huet, Renée Koering-Joulin et Kevin Mariat d'en déduire : *Loin de la volonté parfois affichée par le Gouvernement de lutter contre l'impunité, sa volonté politique semble pour l'instant se traduire par une conception très restrictive de la compétence*
universelle en matière de crimes supranationaux, pourtant parmi les plus graves.

Dans la même ligne, Delphine Brach-Thiel[74] écrivait : *En conclusion, pas plus hier qu'aujourd'hui n'existe de volonté politique visant à faire juger en France les auteurs des infractions les plus graves, celles violant le droit international humanitaire. La diplomatie a ses raisons que le droit ignore. Les apparences sont sauves, nous avons légiféré.*

Le 7 juin 2022, a été enregistrée à l'Assemblée nationale une proposition de loi *visant à élargir la compétence extraterritoriale des juridictions nationales françaises concernant les infractions visées par le statut de la Cour pénale internationale*, présentée par M. Gouffier-Cha, député. Selon l'exposé des motifs[75], il s'agissait de supprimer les conditions de résidence habituelle, de double incrimination ainsi que le monopole du ministère public, afin de permettre une plus grande effectivité de la compétence universelle en France.

Dans sa rédaction actuelle, modifiée par la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019, en vigueur depuis le 1er janvier 2020, l'article 689-11 du code de procédure pénale est ainsi libellé :

Hors les cas prévus au sous-titre Ier du titre Ier du livre IV pour l'application de la convention portant statut de la Cour pénale internationale, ouverte à la signature à Rome le 18 juillet 1998, peut être poursuivie et jugée par les juridictions françaises, si

[73] Rapport n° 1396 de la Commission des lois de l'Assemblée nationale, t. I, 9 novembre 2018.

[74] Delphine Brach-Thiel, « Et toujours pas de vraie compétence universelle en matière de crimes contre l'humanité ! A propos de l'article 689-11 du code de procédure pénale », *AJ Pénal* 2019, p.195.

[75] - faisant référence à l'arrêt de la chambre criminelle du 24 novembre 2021 et au communiqué des ministères de l'Europe et des affaires étrangères ainsi que de la Justice du 9 février 2022 -

elle réside habituellement sur le territoire de la République, toute personne soupçonnée d'avoir commis à l'étranger l'une des infractions suivantes :

1° Le crime de génocide défini au chapitre Ier du sous-titre Ier du titre Ier du livre II du code pénal ;

2° Les autres crimes contre l'humanité définis au chapitre II du même sous-titre Ier, si les faits sont punis par la législation de l'État où ils ont été commis ou si cet État ou l'État dont la personne soupçonnée a la nationalité est partie à la convention précitée;

3° Les crimes et les délits de guerre définis aux articles 461-1 à 461-31 du même code, si les faits sont punis par la législation de l'État où ils ont été commis ou si cet État ou l'État dont la personne soupçonnée a la nationalité est partie à la convention précitée.

La poursuite de ces crimes ne peut être exercée qu'à la requête du procureur de la république antiterroriste et si aucune juridiction internationale ou nationale ne demande la remise ou l'extradition de la personne. A cette fin, le ministère public s'assure de l'absence de poursuite diligentée par la Cour pénale internationale et vérifie qu'aucune autre juridiction internationale compétente pour juger la personne n'a demandé sa remise et qu'aucun autre État n'a demandé son extradition. Lorsque, en application de l'article 40-3 du présent code, le procureur général près la cour d'appel de Paris est saisi d'un recours contre une décision de classement sans suite prise par le procureur de la République antiterroriste, il entend la personne qui a dénoncé les faits si celle-ci en fait la demande. S'il estime le recours infondé, il en informe l'intéressé par une décision écrite motivée.

NOTA :
Aux termes des dispositions du V de l'article 63 de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019, le dernier alinéa de l'article 689-11 tel qu'il résulte des dispositions dudit article entre en vigueur à compter de l'entrée en vigueur de l'article 69 de ladite loi, c'est à dire à compter d'une date fixée par décret, et au plus tard le 1er janvier 2020, conformément aux dispositions du XVIII de l'article 109 de la même loi

On peut noter que l'article 689-11 du code de procédure pénale, dans cette rédaction, inclut dans son champ d'application les délits de guerre, et non pas seulement les crimes.

III - La condition de résidence habituelle de l'article 689-11 du code de procédure pénale (troisième moyen)

- A - L'absence de définition de la notion de résidence habituelle en droit pénal

La lecture **des débats parlementaires** afférents à la loi du 9 août 2010 révèle que cette condition de résidence habituelle a fait l'objet d'une vive discussion au Sénat, puis à l'Assemblée nationale.

Lors des débats en séance publique au Sénat le 10 juin 2008, le rapporteur du projet de loi indiquait que la notion de résidence habituelle renvoyait « aux articles du code pénal sur le tourisme sexuel, les activités de mercenaire et le clonage commis à l'étranger. »

Plusieurs sénateurs ont exprimé leur opposition à cette condition.

Ainsi M. Robert Badinter expliquait que : « Conserver la condition de résidence habituelle signifie, je demande à chacun de le mesurer, que nous ne nous reconnaissons compétents pour arrêter, poursuivre et juger les criminels contre l'humanité, c'est-à-dire les pires qui soient, que s'ils ont eu l'imprudence de résider de façon quasi permanente sur le territoire français. Autrement dit, nous considérons que le simple fait, pour l'auteur de tortures, de se trouver sur le territoire français justifie la compétence de la juridiction française, sous réserve de la Cour pénale internationale, mais que son « patron », en quelque sorte, son supérieur hiérarchique, celui qui a déclenché la vague de tortures et d'assassinats, devrait, lui, pour être inquiété, s'être établi de façon habituelle sur le territoire français ! Disons-le brutalement, cela reviendrait à traiter mieux le criminel contre l'humanité que l'auteur des tortures ! […] si je souhaite remplacer les mots « réside habituellement » par les mots « se trouve », c'est que, ce faisant, je reprends l'expression qui figure, mes chers collègues, dans toutes les conventions internationales dont l'objet est de permettre la répression de crimes si graves qu'ils sont insupportables à la conscience internationale. Ces conventions, la France les a ratifiées. Vous ne pouvez tout de même pas faire une exception, je dirais même une faveur, pour les criminels contre l'humanité après toutes les positions que nous avons prises et que nous allons encore prendre en matière de disparition forcée ! »

L'article 689-11 du code de procédure pénale, dans sa rédaction issue d'un sous-amendement de M. Badinter adopté par la commission des lois du Sénat, prévoyait une simple condition de présence en France [Peut être poursuivie et jugée par les juridictions françaises, toute personne qui se trouve sur le territoire de la République...] et non plus, comme proposé par l'amendement initial, une condition de résidence habituelle.

M. Badinter était rejoint dans sa critique, notamment par M. Jean-Pierre Sueur :
« Néanmoins, comment expliquerez-vous à ceux qui liront le compte rendu de nos débats et qui commenteront nos échanges que, d'un côté, la République française prend grand soin d'adapter son droit pénal à l'institution de la Cour pénale internationale, mais que, d'un autre côté, elle se refuse finalement à engager quelque action que ce soit contre l'auteur de crimes monstrueux qui se trouverait sur notre territoire si celui-ci n'y réside pas de manière habituelle, s'il n'y paie pas ses impôts, son loyer et ne cotise pas à la sécurité sociale ? Personne ne pourra le comprendre ! »

Mme Nicole Borvo Cohen-Seat ajoutait que « pour résider habituellement, il faut avoir un titre de séjour ».

A ces arguments, M. Patrice Gélard, le rapporteur du projet, répondait que : « L'amendement que j'avais proposé visait à mettre en place la compétence universelle, certes sous des conditions particulières, mais comme c'est le cas en Allemagne, au Portugal ou en Belgique. Ces pays ont en effet retenu des conditions spéciales, contrairement à ce que prétendent certaines organisations. D'ailleurs, tous les pays qui ont reconnu la compétence universelle en ont encadré l'exercice de telle sorte que, jusqu'à aujourd'hui, disons les choses comme elles sont, cette compétence universelle n'a jamais trouvé à s'appliquer. Si certaines conventions reconnaissent la compétence universelle, c'est parce qu'il n'existe pas de juridiction internationale ! […] **un État n'est légitime pour exercer la compétence en question que s'il existe un rattachement suffisant de l'auteur du crime avec cet État. Mesdames, messieurs les sénateurs, l'objectif est d'éviter que la France ne soit une terre d'asile pour les auteurs de crimes contre l'humanité ou de crimes de guerre**. »

Il recevait le soutien de la garde des Sceaux, ministre de la justice, Mme Dati, en ces termes : « L'exigence d'une résidence habituelle figure déjà aux articles 113-6 et 113-8 du code pénal français[76]. Il s'agit d'observer un parallélisme d'écriture. On ne peut pas juger, par exemple, un pédophile étranger pour des actes de tourisme sexuel s'il n'est pas résident habituel sur le territoire français. Il en est de même pour toutes les infractions sexuelles, l'aide à la prostitution, mais aussi les activités de mercenaire – vous l'avez indiqué, monsieur le rapporteur –, ou encore de clonage commises à l'étranger par un étranger. »

Finalement, le Sénat a voté les deux amendements identiques n° 10 rectifié ter et n° 61, prévoyant une condition de résidence habituelle.

Dans le rapport n° 2517 fait au nom de la commission des lois de l'Assemblée nationale, M. Mariani, député, indiquait, s'agissant de cette condition : « Les opposants à cette condition font valoir qu'elle ne sera jamais remplie si elle est interprétée, comme l'a fait la Cour de cassation en 2005, comme la fixation de manière stable, effective et permanente du centre des attaches familiales et intérêts matériels en France (Cass. 1ère ch civ., 14 décembre 2005). Ils regrettent, en outre, que soit instaurée une différence de traitement entre les auteurs de futurs génocides et ceux qui sont susceptibles d'être jugés dans le cadre des lois applicables au génocide rwandais.
Votre rapporteur estime que **cette condition vise à garantir l'existence d'un véritable lien entre la France et la personne poursuivie. Un simple passage sur notre territoire, pendant quelques heures, ne saurait, aux yeux de votre rapporteur, constituer un lien suffisant, d'autant que la condition de résidence habituelle n'est pas aussi exigeante que celle de résidence permanente ou de résidence principale**.
Votre rapporteur ajoute que la condition d'une résidence habituelle est déjà prévue par notre code pénal, dont l'article 436-3 dispose : « Lorsque les faits mentionnés au présent chapitre (participation d'un mercenaire à un conflit armé) sont commis à l'étranger par un Français ou par une personne résidant habituellement sur le territoire français, la loi française est applicable par

[76] Les références sont erronées.

dérogation au deuxième alinéa de l'article 113-6 et les dispositions de la seconde phrase de l'article 113-8 ne sont pas applicables. »»

Au cours de la séance publique du 13 juillet 2010, confronté à l'opposition de certains députés, il précisait :
« Comment organiserait-on autrement une conférence de paix à la fin d'un conflit armé? La France ne le pourrait plus si la condition de résidence habituelle était abandonnée.
D'autre part, que signifie la notion de résidence habituelle ? En 2005[77], la Cour de cassation l'a définie comme la fixation de manière stable, effective et permanente du centre des attaches familiales et intérêts matériels en France, ce qui est moins rigoureux que la notion de résidence permanente.
J'ajoute enfin que la notion de résidence habituelle figure d'ores et déjà dans notre code pénal. »

Sa position était soutenue par M. Jean-Marie Bockel, secrétaire d'État :
« L'objectif du Gouvernement est d'interdire que l'auteur de crimes contre l'humanité ou de crimes de guerre puisse trouver asile en France, tout en prévoyant l'existence d'un lien de rattachement suffisant légitimant les poursuites en France. Tel est l'objectif de l'exigence d'une résidence habituelle en France.
Au demeurant, cette notion est déjà utilisée dans le code pénal. Ainsi, pour la poursuite et le jugement des mercenaires, la France s'est déclarée compétente pour poursuivre ceux qui résident habituellement sur le territoire de la République.
Il convient d'ailleurs d'observer que les États étrangers exigent un rattachement équivalent. Nous sommes donc dans la norme internationale, tout simplement. »

Le texte a été ainsi adopté sans modification par l'Assemblée nationale.

Il semble résulter de ces débats que le législateur de 2010 entendait utiliser la même notion que celle en vigueur dans d'autres textes du code pénal et – faute de définition par la chambre criminelle – se référait à la définition d'un arrêt de la 1ère chambre civile de la Cour de cassation.

Les débats parlementaires afférents à la loi du 23 mars 2019, déjà évoquée, ne permettent pas de préciser la notion, telle qu'elle est entendue par le législateur.

En **doctrine,** le critère de résidence habituelle est généralement présenté comme restrictif et contribuant à la difficulté de l'exercice d'une véritable compétence universelle pour les crimes les plus graves.

Ainsi, André Huet, Renée Koering-Joulin et Kevin Mariat, dans le fascicule du Jurisclasseur précité[78], écrivent-ils : [...] *cette condition, qu'explique sans doute le souci d'exempter de poursuite en France des personnalités politiques étrangères de passage sur le territoire français (et d'éviter à la France des*

[77] 1re Civ., 14 décembre 2005, pourvoi n° 05-10.951, Bull. 2005, I, n° 506.

[78] n° 99.

difficultés diplomatiques...), risque de rendre impossible tout exercice de la compétence française car il est peu probable que l'auteur d'un crime international établisse sa résidence en France sachant qu'elle le rendrait justiciable des tribunaux français (D. Brach-Thiel : Rép. dr. pén. Dalloz, V° Compétence internationale, n° 14. – G. Poissonnier, Cour pénale internationale : la France refuse de respecter l'ensemble de ses engagements internationaux : D. 2010, p. 2728, spéc. p. 2730 et 2731. –. (...)*Un auteur a toutefois fait remarquer que «même si le critère de la résidence habituelle amoindrit la compétence universelle, il ne la défigure pas, dans la mesure où il permet encore d'en assurer le principal objectif, à savoir éviter qu'il n'y ait des pays de refuge pour les auteurs des crimes les plus graves» (D. Mayer, Mouvements croisés des compétences souverainistes et de la compétence universelle, in Mél. Koering-Joulin : Anthémis, 2014, p. 597).*

André Giudicelli[79] considère que *le critère de la résidence habituelle est ici utilisé pour écarter la compétence universelle*.

Divers articles du code pénal prévoient une extension de la compétence personnelle, active ou passive, lorsque l'auteur ou la victime de faits commis à l'étranger, sans avoir la nationalité française, réside habituellement sur le territoire français.

Ainsi en est-il notamment, s'agissant de la compétence personnelle active, de l'article 113-13 du code pénal pour les actes de terrorisme, de l'article 113-14 du même code pour les infractions portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union européenne, de l'article 436-3 du code pénal relatif à la participation à une activité de mercenaire et de l'article 511-1-1 relatif au prélèvement de gamètes en vue de clonage.

Au titre de l'extension de la compétence personnelle passive, on peut citer l'article 222-16-2 du code pénal, relatif aux violences contre des mineurs et l'article 222-16-3 du même code, concernant les violences afin de contraindre une personne à contracter un mariage ou à conclure une union.

Notons que diverses directives de l'Union européenne prévoient qu'un État membre puisse, en en informant la Commission, décider d'élargir sa compétence à l'égard des infractions dont elles traitent, commises en dehors de son territoire, quand l'auteur des faits réside habituellement sur ce territoire. Ainsi en est-il de la directive 2011/36/UE du Parlement européen et du Conseil du 5 avril 2011 (article 10) concernant la prévention de la traite des êtres humains et la lutte contre ce phénomène ainsi que la protection des victimes.

La notion de résidence habituelle est par ailleurs usitée en matière pénale dans des domaines très divers. Ainsi, à titre d'exemple, on peut citer l'article 729-3 du code de procédure pénale, qui prévoit que la libération conditionnelle peut être

[79] « Le critère de la résidence habituelle en droit pénal international », *in Mélanges en l'honneur de Geneviève Giudicelli-Delage*, Dalloz 2016, p. 372.

accordée à un condamné exerçant l'autorité parentale sur un enfant de moins de dix ans ayant chez lui sa résidence habituelle.

Pour mémoire, on peut rappeler que le domicile fiscal est défini par l'article 4 A du code général des impôts.
Sont considérées comme ayant leur domicile fiscal en France :
a. Les personnes qui ont en France leur foyer ou le lieu de leur séjour principal ;
b. Celles qui exercent en France une activité professionnelle, salariée ou non, à moins qu'elles ne justifient que cette activité y est exercée à titre accessoire ;
[...]
c. Celles qui ont en France le centre de leurs intérêts économiques.
Il s'agit de critères alternatifs.
La situation de chaque personne physique est donc susceptible d'être appréciée au regard de critères d'ordre personnel (le foyer et le séjour principal), professionnel (l'activité professionnelle principale) ou économique (le centre des intérêts économiques) et, si elle répond à l'un ou l'autre d'entre eux, le domicile fiscal est situé en France[80].
La chambre criminelle contrôle que les faits, souverainement appréciés par les juges du fond, sont de nature à justifier la localisation en France du domicile fiscal.

La notion de résidence habituelle, qui n'est pas définie par le code pénal, ne l'a pas été par la chambre criminelle.

Celle-ci a cependant précisé, dans un arrêt ancien, qu'une même personne pouvait avoir deux résidences habituelles[81].

Aux termes de l'article 2 de l'arrêté du 23 mai 1975, fixant les conditions d'application du régime de l'importation en franchise temporaire tel que défini à l'article 196 bis du Code des douanes, est réputée constituer la résidence normale des intéressés la localité où ils demeurent habituellement. C'est ainsi que la personne qui séjourne de façon habituelle sur le territoire français où elle a le centre de ses intérêts vitaux, doit être considérée, bien qu'étrangère, comme étant résidente en France au sens dudit arrêté. Il s'ensuit qu'elle a l'obligation de déclarer l'importation de son véhicule immatriculé à l'étranger[82].

André Giudicelli[83] considère que la résidence habituelle *s'analyse comme une notion de fait correspondant à la présence physique d'un individu sur le territoire de la République pendant une certaine durée et dont l'appréciation doit être laissée au juge*. Il considère que *pour l'application des dispositions du code pénal, ce qui compte c'est qu'une relation suffisamment étroite se soit établie*

[80] Voir, *J.-Cl. Fiscal international*, Fasc. 3240 : Territorialité – Impôt sur les revenus et le patrimoine des personnes physiques – Domicile fiscal, par Guy Gest, § 22 et s.

[81] Crim., 4 août 1984, pourvoi n° 84-92.765, Bull. crim. 1984, n° 266.

[82] Crim., 15 février 1988, pourvoi n° 86-90.682, Bull. crim. 1988, n ° 72.

[83] Précité, p. 366.

entre un individu et la France. Le constat, au moment du déclenchement de l'action publique, de la présence, non pas fortuite, mais de manière stable et durable d'un étranger sur le territoire de la République doit être regardé comme suffisant par le juge pénal pour conclure à l'existence d'une résidence habituelle en France.

C'est sans doute cette absence de définition par la chambre criminelle qui explique la référence, dans les débats parlementaires, à un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation.

B - La résidence habituelle en matière civile

- B. 1. La résidence habituelle en droit interne

La notion, bien que non définie par le code civil, est courante. On en citera quelques exemples, pour mémoire.

Ainsi, la responsabilité de plein droit prévue par le quatrième alinéa de l'article 1384 du code civil incombe au seul parent chez lequel la résidence habituelle de l'enfant a été fixée. Dans cette hypothèse, la résidence habituelle est fixée par décision de justice.

Mais la cohabitation de l'enfant avec ses parents, résultant de sa résidence habituelle à leur domicile ou au domicile de l'un d'eux, ne cesse pas lorsque le mineur est confié par contrat à un organisme de vacances, qui n'est pas chargé d'organiser et de contrôler à titre permanent le mode de vie de l'enfant[84].

La résidence habituelle se distingue du domicile, lequel est défini par l'article 102 du code civil, quant à l'exercice par tout français de ses droits civils, comme le lieu où il a son principal établissement.

La résidence habituelle au sens de l'article 54 du code de la nationalité s'entend d'une résidence présentant un caractère effectif et stable coïncidant avec le centre des attaches familiales et des occupations de l'intéressé ; la circonstance que des ressortissants étrangers résidant en France tirent leurs conditions matérielles d'existence d'un emploi du service de la mission diplomatique de leur pays n'est pas de nature à exclure, à elle seule, l'existence en France du centre des occupations des intéressés[85].

En droit international privé, l'article 311-15 du code civil énonce une règle de conflit des lois relatives à la filiation reposant sur les effets de la possession d'état, et prend en compte la résidence habituelle de l'enfant et de ses père et mère ou de l'un d'eux.

---

[84] Crim., 29 octobre 2002, pourvoi n° 01-82.109, Bull. crim. 2002, n° 197.

[85] 1re Civ., 10 avril 1996, pourvoi n° 94-15.664, Bull.1996, I, n° 175.

B. 2. La résidence habituelle, notion autonome de droit communautaire

La notion de « résidence habituelle » est aujourd'hui omniprésente en droit international, spécialement (mais non exclusivement) en droit international de la famille. Les conventions internationales et les règlements européens s'y réfèrent pour fonder les critères de rattachement, aussi bien en matière de compétence que de loi applicable[86].
Le sommaire de **l'arrêt précité du 14 décembre 200587, auquel les débats parlementaires se réfèrent**, est le suivant :
Ne méconnaît pas l'article 2 du règlement CE n° 1347 du 29 mai 2000 alors applicable, la cour d'appel qui, pour écarter la compétence du juge aux affaires familiales français pour connaître d'une action en **divorce** fondée sur la résidence habituelle du défendeur, fait application de **la définition de la résidence habituelle, notion autonome du droit communautaire, comme le lieu où l'intéressé a fixé avec la volonté de lui conférer un caractère stable, le centre permanent ou habituel de ses intérêts**, et relève souverainement d'une part que le séjour en France de l'épouse, dans la résidence secondaire de la famille était temporaire et avait pour but principal d'aider l'enfant commun à poursuivre momentanément sa scolarité en France, et d'autre part, qu'il ne ressort pas des pièces produites, notamment par l'épouse, qu'elle ait eu la volonté de transférer en France le centre habituel et permanent de ses intérêts.

Il convient de situer cet arrêt dans son contexte juridique singulier, soit celui de la définition autonome en droit communautaire de la notion de résidence habituelle.

En effet, le Règlement (CE)1347/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale des enfants communs prévoyait dans son article 2, relatif à la détermination de la juridiction compétente pour statuer sur les questions de divorce, séparation de corps et annulation du mariage, que sont compétentes notamment les juridictions de l'État membre sur le territoire duquel se trouve la résidence habituelle du défendeur.

Les textes européens ne définissant pas ce qu'est une résidence habituelle, la première chambre civile, pour statuer comme elle l'a fait, s'était inspirée de la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes (CJUE), intervenue dans le cadre d'autres dispositions[88].

Le règlement précité a été abrogé par le Règlement (CE) n° 2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et

86 La notion de résidence habituelle dans le divorce européen ; CJUE, 3e ch., 25 novembre 2021, aff. n° C-289/20, Élisa Viganotti, Gaz. Pal. n° 2, 18 janvier 2022, p. 23.

87 1re Civ., 14 décembre 2005, pourvoi n° 05-10.951, Bull. 2005, I, n° 506.

88 notamment en matière de sécurité sociale des travailleurs migrants.

l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale.

Dans le cadre de ce nouveau texte, statuant sur la notion de résidence habituelle des enfants au sens de l'article 8 dudit Règlement[89], la Cour de cassation a énoncé que :

- La résidence habituelle des enfants dans un État membre, au sens de l'article 8 du règlement (CE) n° 2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003 (Bruxelles II bis), devant être entendue comme ne se limitant pas, au moment de la saisine de la juridiction, à une simple présence à caractère temporaire ou occasionnel, mais comme s'inscrivant dans la durée et traduisant une certaine intégration dans un environnement social et familial, une cour d'appel a légalement justifié sa décision de décliner la compétence des juridictions françaises, sur le fondement de ce texte, pour connaître d'une demande de modification de la fixation de la résidence des enfants, dès lors qu'il ressort de ses constatations et appréciations que la résidence de ces derniers en Allemagne, à la suite de leur déplacement licite de la France vers ce pays, fût-il antérieur de quelques jours à la date de la saisine de la juridiction française, s'inscrivait dans la durée et traduisait une certaine intégration dans un environnement familial et social[90].

- Il résulte de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (arrêt du 2 avril 2009, A, C-523/07, arrêt du 22 décembre 2010, Mercredi, C-497/10 PPU, arrêt du 9 octobre 2014, C, C-376/14 PPU) que la résidence habituelle de l'enfant doit être établie en considération de facteurs susceptibles de faire apparaître que la présence physique de l'enfant dans un État membre n'a nullement un caractère temporaire ou occasionnel et que la résidence de l'enfant correspond au lieu qui traduit une certaine intégration dans un environnement social et familial et qu'à cette fin, doivent être notamment pris en compte non seulement la durée, la régularité, les conditions et les raisons du séjour sur le territoire d'un État membre et du déménagement de la famille dans cet État, la nationalité de l'enfant, le lieu et les conditions de scolarisation, les connaissances linguistiques ainsi que les rapports familiaux et sociaux de l'enfant dans ledit État mais aussi l'intention des parents ou de l'un des deux de s'établir avec l'enfant dans un autre État membre, exprimée par certaines mesures tangibles telles que l'acquisition ou la location d'un logement dans cet État.

Par suite, ne justifie pas légalement sa décision la cour d'appel qui se prononce en considération de la seule durée de séjour de la mère et de sa fille, alors que la résidence de l'enfant doit être déterminée à la lumière de l'ensemble des circonstances de fait particulières dont la commune intention des parents de

[89] Etant observé que la CJUE, dans un arrêt du 2 avril 2009, Mme A (C- 523/07), avait précisé que sa jurisprudence relative à la notion de résidence habituelle dans d'autres domaines du droit de l'Union européenne ne saurait être directement transposée dans le cadre de l'appréciation de la résidence habituelle des enfants, au sens de l'article 8, paragraphe 1, du règlement.

[90] 1re Civ., 25 mars 2015, pourvoi n° 13-25.225, Bull. 2015, I, n° 70.

transférer cette résidence ainsi que les décisions prises en vue de l'intégration de l'enfant[91].

- Il résulte de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne relative à la résidence habituelle de l'enfant, au sens du règlement (CE) n° 2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003, que celle-ci correspond au **lieu où se situe, dans les faits, le centre de sa vie9**[2].

La CJUE, dans l'arrêt du 22 décembre 2010[93] précité, avait :
- relevé que l'utilisation de l'adjectif « habituelle » permet simplement de déduire que la résidence doit présenter un certain caractère de stabilité ou de régularité (point 44) ;
- souligné, afin de distinguer la résidence habituelle d'une simple présence temporaire, que celle-ci doit en principe être d'une certaine durée pour traduire une stabilité suffisante. Cependant, le règlement ne prévoit pas de durée minimale. En effet, pour le transfert de la résidence habituelle dans l'État d'accueil, compte surtout la volonté de l'intéressé d'y fixer, avec l'intention de lui conférer un caractère stable, le centre permanent ou habituel de ses intérêts. Ainsi, la durée d'un séjour ne saurait servir que d'indice dans le cadre de l'évaluation de la stabilité de la résidence, cette évaluation devant être effectuée à la lumière de l'ensemble des circonstances de fait particulières du cas d'espèce (point 51).

Dans un arrêt récent rendu en matière de divorce[94], elle a dit pour droit qu'un époux qui partage sa vie entre deux États membres ne peut avoir sa résidence habituelle que dans un seul de ces États membres, de sorte que seules les juridictions de cet État sont compétentes pour statuer sur la demande de dissolution du lien matrimonial. Admettre que l'époux puisse avoir deux résidences habituelles revient à lui ouvrir une option quant au choix de la juridiction compétente pour connaître d'une action en divorce. Pour la Cour de justice de l'Union européenne, la détermination de la résidence habituelle est une question de fait soumise a l'appréciation de la juridiction de renvoi.

La première chambre civile de la Cour de cassation s'est fondée sur cette décision pour énoncer que **la notion de résidence habituelle**, au sens de l'article 3, § 1, sous a), du règlement CE) n° 2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003, **est caractérisée, en principe, par deux éléments, à savoir, d'une part, la volonté de l'intéressé de fixer le centre habituel de ses intérêts dans un lieu déterminé, d'autre part, une présence revêtant un degré suffisant de stabilité sur le territoire de l'État membre concerné**, l'environnement d'un adulte étant de nature variée, composé d'un vaste spectre

91 1re Civ., 4 mars 2015, pourvoi n° 14-19.015, Bull. 2015, I, n° 49.

92 1re Civ., 12 juin 2020, pourvoi n° 19-24.108, publié au bulletin.

93 CJUE, 22 décembre 2010, aff. C-497/10 PPU, Barbara Mercredi c/ Richard Chaffe.

94 CJUE, 25 nov. 2021, aff. C-289/20.

d'activités et d'intérêts, notamment professionnels, socioculturels, patrimoniaux, ainsi que d'ordre privé et familial, diversifiés.
Ces éléments sont appréciés souverainement par les juges du fond[95].

En matière de succession, la Cour de cassation a jugé que :

Aux termes de l'article 4 du règlement (UE) n° 650/2012 du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 2012 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen, sont compétentes pour statuer sur l'ensemble d'une succession les juridictions de l'État membre dans lequel le défunt avait sa résidence habituelle au moment de son décès.

Selon les considérants 23 et 24 du préambule de ce règlement, l'autorité chargée de la succession doit, pour déterminer cette résidence habituelle, procéder à une évaluation d'ensemble des circonstances de la vie du défunt au cours des années précédant son décès et au moment de son décès, prenant en compte tous les éléments de fait pertinents, notamment la durée et la régularité de la présence du défunt dans l'État concerné ainsi que les conditions et les raisons de cette présence, révélant un lien
étroit et stable avec l'État concerné. Dans certains cas complexes, la nationalité du défunt ou le lieu de situation de ses principaux biens peuvent constituer un critère particulier pour l'appréciation globale de toutes les circonstances de fait.

La cour d'appel ayant, par une appréciation souveraine des éléments de preuve soumis à son examen, estimé que la résidence habituelle du défunt était située à New York, en déduit exactement que la juridiction française n'était pas compétente pour statuer sur sa succession[96].

Il résulte de ces éléments, nécessairement sommaires eu égard à l'objet du présent rapport, que **la notion de résidence habituelle en droit communautaire n'est pas identique selon le domaine concerné et est définie par une méthode d'analyse qui repose sur un faisceau d'indices**.

Floriane Chassé[97] évoque le caractère fonctionnel de la notion, *qui implique qu'elle doit s'apprécier au regard de la fonction qui est la sienne dans l'instrument considéré* [...] *Il faut s'attacher aux objectifs poursuivis par l'instrument*[98]*.*

95 1re Civ., 30 novembre 2022, pourvoi n° 21-15.988, publié au Bulletin.

96 1re Civ., 29 mai 2019, pourvoi n° 18-13.383, publié au bulletin.

97 Floriane Chassé, « Le changement de résidence habituelle - Les aspects civils du changement de résidence habituelle », *Actes pratiques et stratégie patrimoniale n° 3*, Juillet 2021, dossier 14.

98 Dans le même sens, *J.-Cl. Droit international,* Fasc. 543-10 : Domicile et résidence dans les rapports internationaux, par E. Ralser, n° 41. *Dans les rapports internationaux, domicile et résidence ont un caractère essentiellement fonctionnel : leur détermination dépend de l'objectif et de la fonction de la règle qui les utilise comme élément de son énoncé, et le contenu des notions varie avec les situations dans lesquelles elles sont utilisées.*

Elise Ralser, dans le Juriclasseur[99] , expose que la résidence habituelle comporte des éléments objectifs, à savoir l'habitation, présentant une certaine permanence, sur un territoire.

Un critère quantitatif met l'accent sur la durée du séjour d'une personne dans un certain lieu : *La résidence habituelle doit être caractérisée par une certaine permanence, une installation stable, pendant une certaine durée. La simple présence physique sur le territoire, si elle est nécessaire, ne suffit pas ; la seule habitation sur le territoire, non plus. Une présence courte, fortuite, momentanée, un bref séjour ou un passage dans un pays pour vacances ou affaires, sont a priori insuffisants.*
Un second critère, qualitatif, retient les liens sociaux qu'une personne peut nouer dans le pays de son séjour.
Cet auteur s'interroge sur la nécessité d'un élément intentionnel, soulignant que l'arrêt précité du 14 décembre 2005 de la première chambre civile adoptait une démarche subjective et que le critère de l'intention est également pris en compte par la jurisprudence européenne. La question est désormais tranchée, compte tenu de la confirmation du critère par l'arrêt, précité, du 30 novembre 2022.
Cet auteur poursuit :
47. – Absence du territoire et résidence discontinue – Pour être habituelle, la résidence ne doit pas être fortuite, mais elle n'est pas nécessairement continue et permet une absence temporaire du territoire (V. notamment la Résolution (72) 1 du Conseil de l'Europe, préc. n° 43, règle n° 8). Plus exactement, un examen des motifs des absences, et donc des intentions de l'intéressé, doit être effectué. Plus que la durée de l'absence, ce sont alors les conditions dans lesquelles cette absence s'est produite (voyage, vacances, études, déportation, guerre…) qui doivent être analysées.

Paul Lagarde, dans la Revue internationale de droit privé[100], synthétise : *Dans tous les cas, la notion reste la même, c'est toujours globalement le lieu du centre de vie de l'intéressé, mais, pour déterminer ce lieu, il faut prendre en considération des éléments de fait qui varient avec chaque type de situation, selon qu'il s'agit d'un enfant, d'un adulte, d'un couple ou d'une personne décédée.*

Ces interprétations et la méthode utilisée en droit communautaire pourront-elles, ou devront-elles, inspirer l'interprétation de la notion de résidence habituelle en droit pénal ?

C - Le contrôle de la notion par la Cour de cassation

S'agissant du contrôle de la notion par la Cour de cassation, **il sera à définir.**

[99] *J.-Cl. Droit international*, fasc. 543-10, précité.

[100] Paul Lagarde, *Revue critique de droit international privé* 2012, p. 691, n°7.

A titre de parallèle, on peut citer un arrêt rendu pour l'application de la compétence universelle en vertu des articles 689-1 et 689-2 du code de procédure pénale, selon lequel l'appréciation des éléments de présence en France des auteurs présumés d'actes de torture au moment de l'ouverture de l'information relève du pouvoir souverain des juges du fond et, en conséquence, échappe au contrôle de la Cour de cassation[101].

Sur le plan civil, il semblerait que la détermination de la résidence habituelle relève du pouvoir souverain des juges du fond également. On peut citer en ce sens, outre les arrêts de la première chambre civile des 29 mai 2019 et 30 novembre 2022, un arrêt de la chambre sociale :
La détermination de la résidence habituelle du salarié, sur la base de laquelle ce dernier peut, conformément à l'article L. 3261-2 du code du travail, solliciter la prise en charge par l'employeur des titres d'abonnement souscrits pour les déplacements entre celle-ci et le lieu de travail, relève du pouvoir souverain des juges du fond[102].

Naturellement, l'appréciation souveraine des juges du fond n'exclut pas un contrôle de motivation par la Cour de cassation.

Les articles 591 à 593 du code de procédure pénale fixent les cas d'ouverture à cassation. Le dernier de ces articles prévoit que *les arrêts de la chambre de l'instruction ainsi que les arrêts et jugements rendus en dernier ressort par les juridictions de jugement sont déclarés nuls s'ils ne contiennent pas de motifs ou si leurs motifs sont insuffisants et ne permettent pas à la Cour de cassation d'exercer son contrôle et de reconnaître si la loi a été respectée dans le dispositif*.

* * *

En l'espèce, la chambre de l'instruction a motivé ainsi sa décision :

- la résidence habituelle

Le requérant aborde en premier lieu dans son mémoire le critère de la résidence habituelle. Il cite plusieurs extraits de doctrine sur cette résidence habituelle, qui pour le professeur Ascensio n'est pas une « résidence de passage », puisque « la première condition requiert que la personne soupçonnée ne soit plus seulement présente sur le territoire français, mais y réside habituellement » tandis que Robert Badinter, alors sénateur, plaidait pour une suppression de cette condition lors des débats parlementaires de 2008, déclarant : « conserver la condition de résidence habituelle signifie, je demande à chacun de le mesurer, que nous ne nous reconnaissons compétents pour arrêter, poursuivre et juger les criminels contre l'humanité, c'est à dire les pires qui soient, que s'ils

101 Crim., 21 janvier 2009, pourvoi n° 07-88.330, Bull. crim. 2009, n° 22.

102 Soc., 22 juin 2016, pourvoi n° 15-15.986, Bull. 2016, V, n° 134.

ont eu l'imprudence de résider de façon quasi permanente sur le territoire français ».

Or en l'espèce, poursuivent les conseils du mis en examen, ce critère de la résidence habituelle en France de [P] [W] n'est pas constitué, puisqu'il n'est arrivé en France que le 7 novembre 2019 pour une durée de trois mois afin de suivre des conférences à l'institut de recherches rattaché à l'université d'Aix-[Localité 7], qu'il n'était donc que de passage en France, ayant sa résidence habituelle en Turquie, pays qu'il s'apprêtait à regagner début février 2020.

Ils estiment donc que ce critère de la résidence habituelle n'est pas rempli, de sorte que leur client ne pouvait donc faire l'objet de la compétence universelle des juridictions françaises des chefs de crimes et délits de guerre.

Cependant, s'il est manifeste que le texte exige davantage qu'un simple transit ou qu'un passage de quelques heures sur notre territoire, il apparaît en revanche que la notion de résidence habituelle ne se confond ni avec celle de résidence principale, ni avec celle de résidence permanente.

Le fait que [P] [W] vive principalement en Turquie, à supposer cette information exacte puisqu'il s'agit en réalité du logement de ses parents (D217), n'a pas pour conséquence automatique qu'aucune autre résidence ne serait pour lui habituelle. De même, comme le font remarquer les parties civiles, « la résidence habituelle doit répondre à une idée de stabilité, sans qu'aucun critère de durée ne soit fixé ».

En l'espèce, il n'est pas contesté que [P] [W] s'est installé à [Localité 5] le 7 novembre 2019[103]*. Lors de la perquisition à son domicile 21 rue Vincent Scotto à [Localité 7], il a été découvert une carte d'étudiant Erasmus à son nom pour étudier à l'IREMAN, section de [Localité 7], un ticket de métro de [localité 5], une carte de bibliothèque universitaire [Localité 5] à son nom, une carte téléphonique française du fournisseur FREE, ainsi qu'une carte pour les transports de [Localité 5] (D202). Depuis qu'il vivait en France, il s'est rendu à Rome et à Milan, ainsi qu'il l'a confirmé aux enquêteurs (D217), précisant qu'il avait l'intention de se rendre en Belgique et au Danemark « pour le tourisme ». Entre ces différents voyages, il est revenu à [Localité 7].*

Lors de leurs deux jours de surveillances, les enquêteurs ont noté que l'intéressé restait le plus souvent dans l'appartement de la rue [adresse 8], ne sortant que pour aller à la Mosquée ou s'alimenter, se comportant ainsi comme un résident effectif et non comme un touriste. Il a également passé de nombreux coups de téléphone avec des correspondants habitant dans la région.

Ces différents éléments montrent une stabilité certaine de résidence dans la cité [Localité 5] durant cette période de plus de trois mois.

Le critère de résidence habituelle est ainsi rempli.

[103] Et a été interpellé le 29 janvier 2020.

Le moyen soutient qu'il résultait des pièces du dossier que M. [W] résidait de manière stable, effective et durable en Turquie et qu'il n'était en France que pour une durée limitée de trois mois afin d'y suivre des conférences universitaires. Cela ne correspond pas aux constatations faites par la chambre de l'instruction dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation des éléments de fait et de preuve.

Cela correspond par contre à la thèse soutenue par le demandeur au pourvoi dans son mémoire déposé devant la chambre de l'instruction aux fins d'annulation. M. [W] y faisait valoir notamment :
Lors de son interpellation le 29 janvier 2020, les gendarmes l'ont trouvé porteur d'un passeport syrien supportant un visa court séjour (dit visa touriste) d'une durée de 90 jours ayant été délivré par le Consulat général de France à [Localité 9] (D203).
[...]
Au surplus, lors de la perquisition, les enquêteurs ont découvert une carte de résident en Turquie d'une durée de validité d'une année (du 20/06/2019 au 25/05/2020), ainsi que d'éléments permettant de confirmer sa résidence turque : une carte bleue d'une banque turque, une carte de fidélité avec la compagnie aérienne Turkish Airlines (D202).
S'il a été en possession d'une ligne téléphonique française (D178), c'était uniquement le temps de son bref séjour en qualité d'étudiant et les éléments de la procédure montrent qu'il a souhaité résilier cette ligne à l'approche de son départ de France vers la Turquie, à l'issue de son séjour de trois mois.
Ainsi, lors de son interpellation, il est trouvé porteur d'un récépissé de lettre recommandée avec accusé de réception adressé à "Free Mobile service résiliation", ce qui permet de supposer qu'il avait envoyé une lettre de résiliation de sa ligne souscrite auprès de la compagnie Free (D203).
Les écoutes téléphoniques permettent de confirmer que M. [P] [W] était, à la fin du mois de janvier, et moins de trois mois après son arrivée en France, en train d'organiser son départ.
Le 27 janvier 2020, à 20h28, il a une conversation téléphonique avec une opératrice Free Mobile pour résilier son contrat (D245/29).

On peut aussi constater que M. [P] [W] n'avait ouvert aucun compte bancaire en France (D151), ce qui permet de démontrer l'absence d'installation du mis en examen sur le territoire de la République.

IV - La condition de double incrimination de l'article 689-11 du code de procédure pénale (quatrième moyen)

A - Une controverse doctrinale née de l'arrêt de la chambre criminelle

- A. 1. L'arrêt de la chambre criminelle

Par arrêt publié du 24 novembre 2021[104], la chambre criminelle a énoncé (sommaire) :

Les crimes contre l'humanité sont définis au chapitre II du sous-titre Ier du code pénal, et nécessairement commis en exécution d'un plan concerté à l'encontre d'un groupe de population civile dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique.

Dès lors, **l'exigence posée par l'article 689-11 du code de procédure pénale, selon laquelle les faits doivent être punis par la législation de l'État où ils ont été commis inclut nécessairement l'existence dans cette législation d'une infraction comportant un élément constitutif relatif à une attaque lancée contre une population civile en exécution d'un plan concerté.**

Doit en conséquence être cassé l'arrêt qui, pour rejeter l'exception présentée par le demandeur, portant sur l'incompétence des juridictions françaises, après avoir relevé que la Syrie n'avait pas ratifié la Convention de Rome, portant statut de la Cour pénale internationale, retient que, si les crimes contre l'humanité ne sont pas expressément visés comme tels dans le code pénal syrien, celui-ci incrimine le meurtre, les actes de barbarie, le viol, les violences et la torture et en déduit que le droit syrien, même s'il n'incrimine pas, de manière autonome les crimes contre l'humanité, réprime les faits qui le constituent et qui sont à l'origine de la poursuite dans l'affaire dont elle est saisie.

> *Sur le premier moyen*
> [...]
>
> *Réponse de la Cour*
>
> *Vu l'article 689-11 du code de procédure pénale :*
>
> *6. Peut être poursuivie et jugée par les juridictions françaises, si elle réside habituellement sur le territoire de la République, toute personne soupçonnée d'avoir commis à l'étranger le crime de génocide, prévu par le code pénal, les autres crimes contre l'humanité définis par ce code, si les faits sont punis par la législation de l'État où ils ont été commis ou si cet État ou l'État dont la personne soupçonnée a la nationalité est partie à la Convention de Rome, portant statut de la Cour pénale internationale, outre les crimes et délits de guerre, dans les conditions prévues par le texte susvisé.*

[104] Crim., 24 novembre 2021, pourvoi n° 21-81.344, publié au Bulletin.

7. Pour rejeter l'exception présentée par le demandeur, portant sur l'incompétence des juridictions françaises, l'arrêt attaqué, après avoir rappelé les termes de l'article 689-11 du code de procédure pénale et relevé que la Syrie n'avait pas ratifié la Convention de Rome, portant statut de la Cour pénale internationale, retient que, si les crimes contre l'humanité ne sont pas expressément visés comme tels dans le code pénal syrien, celui-ci incrimine le meurtre, les actes de barbarie, le viol, les violences et la torture.

8. Les juges énoncent que la Constitution syrienne de 2012 interdit la torture et qu'en vertu de ce texte, toute violation de la liberté personnelle ou de la protection de la vie personnelle ou de tous autres droits ou libertés publiques garantis par la Constitution est considérée comme un crime qui est puni par la loi.

9. Ils ajoutent que la Syrie est partie à de nombreux autres traités, parmi lesquels les conventions de Genève dont la IVe prohibe, notamment, les meurtres de civils, la torture, les exécutions sommaires, et le Pacte international relatif aux droits civils et politiques garantissant le droit à la vie et interdisant la torture.

10. La chambre de l'instruction en déduit que le droit syrien, même s'il n'incrimine pas, de manière autonome, les crimes contre l'humanité, réprime les faits qui le constituent et qui sont à l'origine de la poursuite dans l'affaire dont elle est saisie.

11. En se déterminant ainsi la cour d'appel a violé le texte susvisé pour les raisons suivantes.

12. Les crimes contre l'humanité sont définis au chapitre II du sous-titre Ier du code pénal, et nécessairement commis en exécution d'un plan concerté à l'encontre d'un groupe de population civile dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique.

13. Dès lors, l'exigence posée par l'article 689-11 du code de procédure pénale, selon laquelle les faits doivent être punis par la législation de l'État où ils ont été commis, inclut nécessairement l'existence dans cette législation d'une infraction comportant un élément constitutif relatif à une attaque lancée contre une population civile en exécution d'un plan concerté.

14. La cassation est, en conséquence, encourue. Elle interviendra avec renvoi, afin que soient appréciées les conséquences de l'incompétence des juridictions françaises sur la régularité des actes de la procédure.

A. 2. La controverse doctrinale

La doctrine n'avait pas été explicite sur la portée de la condition de double incrimination avant l'arrêt de la chambre criminelle du 24 novembre 2021.

On doit cependant souligner l'analyse de Xavier Philippe et Anne Desmarest, dans un article de 2010[105] : *Or, très souvent ces crimes sont commis avec l'assentiment voire à l'instigation des gouvernements du pays où ils ont eu lieu. Non seulement, le risque d'une incrimination dans le pays où ils ont été commis est aléatoire mais même lorsque cette incrimination existe, il faudrait qu'elle corresponde exactement à la définition française pour que cette condition soit remplie. De surcroît, il faudrait qu'existe une réelle volonté de poursuivre et juger les auteurs. Les échappatoires seraient nombreuses et les risques de rejet élevés. A titre d'illustration, pourrait-on admettre de laisser impuni un acte génocidaire sous prétexte que le code pénal de l'État où il a été commis ne le prévoit pas dans les mêmes termes que le code pénal français ?*

Depuis l'arrêt de la chambre criminelle du 24 novembre 2021, de très nombreux commentaires sont parus.

La doctrine et la presse généraliste ont regretté les conséquences de la solution, qui aboutirait à assurer l'impunité de tortionnaires et à permettre à des criminels contre l'humanité de trouver refuge en France, laquelle manquerait ainsi à ses engagements internationaux[106]. On pourrait ajouter, pour reprendre les termes de François Zimeray et Justine Vinet[107], que le verrou de la double incrimination paraît *d'autant moins acceptable que le tyran en détient la clé*.

Dans une lettre ouverte au Président de la République, plusieurs organisations de protection des droits de l'homme et un syndicat de magistrats ont estimé que la décision rendue le 24 novembre 2021 rendait impossible la poursuite en France des crimes contre l'humanité commis en Syrie[108].

Une cinquantaine d'enquêtes préliminaires, menées actuellement par le parquet national antiterroriste, et d'informations judiciaires en matière de crimes contre

---

[105] Xavier Philippe et Anne Desmarest, « Remarques critiques relatives au projet de loi " portant adaptation du droit pénal français à l'institution de la Cour pénale internationale": la réalité française de la lutte contre l'impunité », *Revue française de droit constitutionnel*, 81, 2010, p. 41 et s.

[106] Ghislain Poissonnier, « Crimes internationaux commis en Syrie : la Cour de cassation enterre la compétence du juge français », *Recueil Dalloz* 2022, p. 150.- A. Devos, « La France pourrait-elle devenir un refuge d'impunité pour les criminels contre l'humanité ? » .- P. Baudoin, « Le besoin de justice est criant pour les victimes de crimes abominables commis par le régime syrien », *Le Monde*, 17 déc. 2021, p. 35. - V. aussi C. Marchi-Uhel, « Syrie : Pour éviter de devenir leur refuge, la France devrait reconsidérer les conditions qui l'empêchent de poursuivre les auteurs de crimes contre l'humanité », *Le Monde.fr*, 16 déc. 2021.

[107] François Zimeray et Justine Vinet, « L'universalité des poursuites prises au piège de l'article 689-11 du code de procédure pénale », *Dalloz actualité*, 20 octobre 2022.

[108] « Lettre ouverte à Emmanuel Macron - La France ne doit pas être une terre d'impunité pour les tortionnaires syriens », 3 décembre 2021.

l'humanité seraient susceptibles d'être remises en cause sur le plan de la compétence des juridictions françaises pour en connaître[109].

Sont en cours plusieurs autres pourvois relatifs à cette même question de droit, pourvois dont le président de la chambre criminelle a ordonné l'examen immédiat sur le fondement des articles 570 et 571 du code de procédure pénale.

Le 9 février 2022, un communiqué commun des ministères de la Justice et des affaires étrangères indiquait que s' « [l]l n'appartient pas au Gouvernement de commenter une décision judiciaire [...] [W] es conséquences de cette décision sur les procédures ouvertes des chefs de crimes contre l'humanité et crimes de guerre sont en cours d'évaluation. [...] nos ministères suivront donc avec attention les prochaines décisions de justice devant intervenir. En fonction de ces décisions, nos ministères se tiennent prêts à définir rapidement les évolutions, y compris législatives, qui devraient être effectuées afin de permettre à la France de continuer à inscrire résolument son action dans le cadre de son engagement constant contre l'impunité des crimes internationaux. »

Sur l'interprétation de l'article 689-11 du code de procédure pénale, des avis divergents ont été émis en doctrine.

Certains ont estimé que l'interprétation de la chambre criminelle était trop rigoureuse.

Ainsi, selon Renaud Salomon, si l'on suit une méthode d'interprétation littérale de l'article 689-11 du code de procédure pénale, ce texte n'exige pas que l'État où les faits ont été commis punisse spécifiquement les crimes contre l'humanité, mais requiert seulement que les « faits » poursuivis soient pénalement répréhensibles dans cet État[110].

Selon Pascal Beauvais, en interprétant de manière restrictive la condition de double incrimination, *la Cour de cassation ne fait, au fond, que perpétuer une certaine méfiance du législateur français à l'égard de la compétence universelle. Pourtant, cette interprétation restrictive ne s'imposait pas car plusieurs arguments pouvaient fonder une approche plus ouverte*. Il souligne que *l'universalité du droit de punir est en effet un mécanisme d'attribution d'une compétence extraterritoriale qui trouve justement sa raison d'être dans les défaillances de l'État où les faits ont été commis. Ce sont les lacunes législatives et judiciaires de ces États fragiles, terrains des crimes les plus graves, qui justifient l'octroi d'une compétence subsidiaire de poursuivre et de juger à l'État où le suspect est arrêté. Il est donc paradoxal d'exiger de ceux-ci, en vertu d'une application rigoureuse de la condition de double incrimination, l'existence d'une législation complète sur les crimes contre l'humanité alors que la compétence universelle a justement pour fonction de pallier leurs déficiences juridiques.* Il

[109] Consultation du procureur général de Paris par le procureur général près la Cour de cassation, versée au bureau virtuel.

110 Renaud Salomon, « Crimes internationaux commis en Syrie : la Cour de cassation enterre la compétence du juge français », Recueil Dalloz 2022, p. 144.

ajoute qu'une *telle interprétation stricte se justifie d'autant moins que la condition de double incrimination de la compétence universelle n'a jamais été imposée par le droit international*[111].

Margaux Dominati estime également que *la Cour de cassation dépasse la lettre de la loi et fait preuve d'une rigueur discutable*[112].

De même, Ghislain Poissonnier soutient que l'article 699-11 du code de procédure pénale n'exige pas un copier-coller des législations, mais uniquement que les faits en question soient "punis par la législation de l'État où ils ont été commis" [113].

D'autres auteurs ont quant à eux relevé que l'interprétation de la chambre criminelle était imposée par la lettre de la loi114.

Amane Gogorza estime ainsi que *sur le plan de la légalité, l'analyse est irréprochable* et que *la difficulté à laquelle nous confronte l'arrêt commenté ne fait donc que confirmer l'inadaptation de la loi*[115].

Thomas Besse indique que la chambre criminelle *était bien dans son rôle de juge du droit en interprétant l'article 689-11 fidèlement, sinon à l'esprit dans lequel se conçoit la compétence universelle, à celui dans lequel cette disposition a été -très timidement-rédigée. Il est en effet difficile de prétendre que la condition de double incrimination se trouve satisfaite lorsque seules sont incriminées, dans l'État du lieu de commission des faits, des infractions dépourvues du caractère finaliste qui leur confère leur nature internationale*[116].

Dans le même sens, Yves Mayaud estime que la Cour de cassation est dans sa fonction en se déterminant comme elle l'a fait, la répression étant d'interprétation stricte au nom des libertés. Il ajoute que *la responsabilité incombe au législateur et à lui seul, dont l'engagement dans la compétence universelle manque tout*

111 Pascal Beauvais, « Les paradoxes de la compétence universelle de la France pour juger les crimes contre l'humanité », RSC 2022. p. 41.

112 Margaux Dominati, « La double incrimination, verrou de la compétence extraterritoriale », Dalloz actualité, 6 décembre 2021.

113 précité.

114 Cf. notamment Kevin Mariat, « La compétence universelle peut attendre », 1 mars 2022, AJ pénal 2022. 80.

115 Amane Gogorza, « Crime contre l'humanité : La compétence universelle à l'épreuve de la double incrimination », 1er janvier 2022, *Revue Droit pénal n°1*, comm.3.

116

Thomas Besse, « L'impunité des criminels, la persévérance des juges », *Dalloz actualité*, 13 mai 2022.

simplement de courage, ou du moins de réelle volonté pour en garantir l'efficacité[117].

Et certains de réclamer en urgence une évolution législative[118], qui permettrait de *donner aux juges des moyens à la mesure des ambitions affichées par le personnel politique dans la lutte contre les crimes internationaux*[119].

A. 3. Les thèses en présence

La question se résume à une alternative :

La condition de double incrimination implique-t-elle la prévision, dans la loi étrangère, d'une incrimination de l'infraction internationale dont il s'agit ? Ou bien suffit-il que les faits soient incriminés au titre d'une qualification quelconque ?

Les thèses en présence peuvent être synthétisées ainsi qu'il suit.

Soit la condition de double incrimination est interprétée, comme l'a fait l'arrêt du 24 novembre 2021, comme exigeant que la législation étrangère incrimine, non seulement l'élément de droit commun, mais aussi l'élément contextuel du crime.

En faveur de cette interprétation, divers arguments sont avancés.

En premier lieu, l'élément contextuel de l'infraction internationale est l'un de ses éléments constitutifs (au demeurant, en droit français mais aussi en droit international).

André Huet, Renée Koering-Joulin et Kevin Mariat[120] notent : *Sans doute est-ce le texte lui-même qui pose problème, car la Cour de cassation a bien compris que l'élément contextuel du crime contre l'humanité, l'attaque généralisée ou systématique contre une population civile, est l'essence même de cette infraction et ne peut donc être qu'exigée si l'on applique la double incrimination*.

Kevin Mariat[121] précise que la notion de faits visée par l'article 689-11 du code de procédure pénale ne peut que comprendre, pour le crime contre l'humanité, la planification d'une attaque généralisée ou systématique, quand bien même on

---

[117] Yves Mayaud, « Pas de crime contre l'humanité sans un plan concerté d'attaque généralisée ou systématique », *RSC* 2022, p. 51, 15 avril 2022.

[118] Didier Rebut, précité ; Yves Mayaud, précité.

[119] Thomas Besse, précité.

[120] *J.-Cl. Droit international*, Fasc. 403-20 : Compétence des tribunaux répressifs français et de la loi pénale française – Infractions commises à l'étranger, par André Huet, Renée Koering-Joulin et Kevin Mariat.

[121] Kevin Mariat, « La compétence universelle peut attendre », *AJ pénal* 2022, p. 80.

entend par « faits » les faits matériels. En effet, *l'essence du crime contre l'humanité réside presque entièrement dans son élément contextuel qu'est la planification et l'exécution d'une attaque généralisée ou systématique contre les populations civiles. Or, cet élément est éminemment factuel. C'est parce qu'un meurtre s'inscrit, dans les faits (matériels), dans le cadre d'une attaque généralisée qu'il est un crime contre l'humanité. Aussi, la Cour de cassation a-t-elle très bien cerné la particularité de ce crime lorsqu'elle affirme que le crime contre l'humanité est "nécessairement" commis en application d'un tel plan.*

Selon Didier Rebut[122] : *Cette interprétation stricte peut se réclamer des termes de l'article 689-11 selon lesquels la condition de double incrimination s'apprécie par rapport "aux autres crimes contre l'humanité définis au chapitre II (du sous-titre 1er du titre 1er du livre II du Code pénal)". C'est un renvoi aux incriminations des crimes contre l'humanité par les articles 212-1, 212-2 et 212-3 du Code pénal, ce qui implique d'examiner la question de la double incrimination au regard de la définition de ces crimes. Or, ceux-ci comprennent un élément contextuel.*

Yves Mayaud ajoute *que la réciprocité soit retenue en termes de qualification ou d'incrimination, seule compte la parité exacte entre les deux législations soumises à comparaison, et faute pour le droit syrien de retenir la spécificité sur laquelle s'appuie le droit français, à savoir l'exécution d'un plan concerté d'attaque généralisée ou systématique contre une population ciblée, la réciprocité ne pouvait être remplie*[123].

On observera en outre que le législateur de 2019, en dépit des critiques formulées, a supprimé la condition de double incrimination seulement pour le génocide.

La question se pose de savoir si une interprétation contraire à celle de la chambre criminelle aboutirait à priver la condition de double incrimination de portée.

Soit la condition de double incrimination doit être interprétée comme exigeant seulement que la législation étrangère incrimine l'élément de droit commun, c'est-à-dire le fait sous-jacent.

En faveur de cette analyse, divers arguments peuvent être avancés, abstraction faite de ceux tenant à une logique de politique pénale[124].

---

[122] Didier Rebut, « Crimes et délits - Absence de compétence universelle française pour juger les crimes contre l'humanité commis en Syrie ? », *La Semaine Juridique Edition Générale n° 2*, 17 Janvier 2022, 66.

[123] Yves Mayaud, « Pas de crime contre l'humanité sans un plan concerté d'attaque généralisée ou systématique », *RSC* 2022. *51*, 15 avril 2022.

[124] Cf. par exemple Ghislain Poissonnier, « Crimes internationaux commis en Syrie : la Cour de cassation enterre la compétence du juge français », *Recueil Dalloz*, D. 2022. 150 - 27 janvier 2022 : selon cet auteur, il convient de *donner de la souplesse à un article 689-11 verrouillant déjà très strictement la compétence française. [...] Car une chose est que la Cour de cassation rappelle le droit, une autre est*

D’abord, il peut être invoqué la lecture littérale du texte[125], celui-ci exigeant que les faits soient punis par la législation de l'État où ils ont été commis. C’est l’analyse faite notamment par Renaud Salomon et Pascal Beauvais, dans leurs notes précitées.

Sur l’argument tenant au principe de légalité, Didier Rebut, dans la note susvisée, estime que *l’incrimination de faits d’atteinte volontaire à la vie, extermination, emprisonnement, torture ou viol, qui font partie des crimes sous-jacents de la qualification de crimes contre l’humanité, ne souffre, à l’évidence, aucune incertitude, alors même qu’ils sont commis à l’étranger par un étranger contre des victimes étrangères. L'éventuelle ignorance par leur auteur que ces faits pourraient être qualifiés de crimes contre l'humanité n'apparaît pas suffisante pour considérer qu'il en résulterait une atteinte au principe de légalité alors que, par hypothèse, ils caractérisent en eux-mêmes des crimes*[126]*.*

Nombre d’auteurs soulignent que la condition de double incrimination de la compétence universelle n'a jamais été imposée par le droit international[127].

Au demeurant, il résulte d’une étude réalisée en juillet 2022 par le bureau du droit comparé du ministère de la justice portant sur 15 pays[128] qu’aucun de ces pays n’exige une condition de double incrimination pour la poursuite des crimes contre l’humanité, crimes de guerre et génocide.
Enfin, certains suggèrent un alignement avec la solution jurisprudentielle rendue en matière d’extradition[129].

B - La motivation de l’arrêt attaqué

Il résulte des dispositions de l'article 461-1 du code pénal que "constituent des crimes ou des délits de guerre les infractions définies par le présent livre commises, lors d'un conflit armé international ou non international et en relation

---

qu’elle en vienne à saper le travail des juristes et des enquêteurs qui veillent à ce que la France ne soit pas un refuge pour les bourreaux de l’humanité.

[125] Ce que Renaud Salomon qualifie de *solide argument textuel in* Renaud Salomon, « Crimes internationaux commis en Syrie : la Cour de cassation enterre la compétence du juge français », *Recueil Dalloz*, D. 2022. 144 - 27 janvier 2022.

[126] Kevin Mariat, dans sa note précitée, considère également l’argument tiré du principe de légalité dépourvu de pertinence, comme signifiant qu’en matière de génocide, où la double incrimination n’est plus exigée, le droit français violerait ce principe.

[127] Pascal Beauvais, « Les paradoxes de la compétence universelle de la France pour juger les crimes contre l'humanité », *RSC* 2022. 41, 15 avril 2022.

[128] Allemagne, Angleterre et Pays de Galles, Argentine, Autriche, Belgique, Canada, Croatie, Espagne, Finlande, Hongrie, Lettonie, Pays-Bas, Pologne, Slovaquie, Slovénie (Délégation aux affaires européennes et internationales. Les conditions d’exercice de la compétence universelle). Selon une étude de novembre 2022 émanant du même bureau, cette condition de double incrimination ne serait pas non plus exigée pour l’exercice de la compétence universelle en Bulgarie, à Chypre et en Roumanie.

[129] En ce sens Renaud Salomon, « Crimes internationaux commis en Syrie : la Cour de cassation enterre la compétence du juge français », *Recueil Dalloz*, D. 2022. 144 - 27 janvier 2022, précité.

avec ce conflit, en violation des lois et coutumes de guerre ou des conventions internationales applicables aux conflits armés, à l'encontre des personnes ou des biens visés aux articles 461-2 à 461-31", et que sont donc visés les atteintes volontaires à la vie ou à l'intégrité physique ou psychique de la personne, l'enlèvement ou la séquestration, les mutilations, les expériences médicales ou scientifiques, la grossesse ou la prostitution forcées, la stérilisation contrainte, les traitements humiliants ou dégradants, les atteintes à la liberté individuelle, l'enrôlement de mineurs de dix-huit ans, commis donc lors d'un conflit.

Il convient en conséquence de rechercher si ces infractions sont aussi réprimées par la législation syrienne.

Or, les parties civiles rappellent que le code pénal syrien, dans ses articles 489, 533, 534, 535, 540, 555 et suivants, incrimine le meurtre, les actes de barbarie, le viol, les violences et la torture. S'agissant plus spécifiquement d'un conflit armé, l'article 488 bis de ce code syrien, sous le titre "implication d'enfants dans les hostilités", réprime le fait de recruter un enfant de moins de 18 ans "dans l'intention de l'engager dans des opérations de combat et d'autres travaux connexes, tels que le port ou le transport d'armes. d'équipements ou de munitions, la pose d'explosifs ou leur utilisation aux points de contrôle, la surveillance, la reconnaissance, l'utilisation comme distraction ou comme un bouclier humain, ou l'assistance sous quelque forme aux auteurs de tels actes", soit des infractions similaires aux atteintes à l'intégrité physique ou à l'intégrité psychique commises lors d'un conflit et punies par le code pénal français, et exactement identiques aux dispositions de l'article 461-7 de notre code pénal, réprimant "le fait de procéder à la conscription ou à l'enrôlement des mineurs de dix-huit ans dans les forces armées ou dans les groupes armés, ou de les faire participer activement à des hostilités".

En outre, la Syrie a ratifié le 2 novembre 1953 les quatre Conventions de Genève, conventions qui, comme l'indique le Comité international de la Croix-Rouge, "sont des traités internationaux qui contiennent les règles essentielles fixant des limites à la barbarie de la guerre", ce qui va dans le sens d'une reconnaissance par ce pays de l'incrimination des crimes de guerre.

Comme le signalent les parties civiles, la République arabe syrienne a écrit dans son rapport du 17 novembre 2021 destiné au Conseil des droits de l'Homme des Nations Unies ; "La Syrie est partie à la plupart des instruments internationaux et participe activement aux travaux des comités des Nations Unies chargés de promouvoir le respect du droit international. Résolument attachés au droit international et à la Charte des Nations Unies et agissant conformément à ses obligations constitutionnelles, la Syrie a pris des dispositions et des mesures pour protéger ses citoyens contre les violations commises par les groupes terroristes armés" [...]
La Syrie est partie à la plupart des conventions de droit international humanitaire, notamment les Conventions de Genève de 1949, et a formé un comité national du droit international humanitaire dont la mission est de favoriser et coordonner les actions nationales visant à faire connaître les règles régissant ce droit", ajoutant que, "pour s'acquitter de son devoir national et constitutionnel,

la Syrie accorde une attention particulière à la question de la protection des civils, en particulier dans les zones où il y a eu des affrontements militaires avec des groupes terroristes armés".

Enfin, la République arabe syrienne a ratifié la Convention pour les droits de l'enfant de 1989, écrivant dans son rapport que "la Syrie est un État partie au Protocole concernant l'implication d'enfants dans les conflits armés auquel elle est très attachée. L'enrôlement d'enfants et leur implication dans les hostilités par quelque partie que ce soit est, au regard de la loi, une infraction pénale pour laquelle des peines sévères pouvant aller jusqu'à la peine de mort sont prévues".

*Il en résulte que, **à part l'identité parfaite qui vient d'être relevée relative à l'enrôlement et la participation des mineurs à des hostilités, nombre d'autres crimes et délits de guerre tels que définis dans le code pénal français sont prévus par équivalence dans la législation syrienne, et sont conformes à la volonté affichée de ce pays de lutter contre ces infractions.***

La condition de la double incrimination est donc elle aussi remplie.

C - La compétence universelle à la française

- C. 1. La condition de double incrimination en droit pénal français

La condition de double incrimination figure notamment dans les textes suivants :

- article 113-5 du code pénal assignant compétence à la loi française pour complicité en France de crime ou délit commis à l'étranger :

La loi pénale française est applicable à quiconque s'est rendu coupable sur le territoire de la République, comme complice, d'un crime ou d'un délit commis à l'étranger si le crime ou le délit est puni à la fois par la loi française et par la loi étrangère et s'il a été constaté par une décision définitive de la juridiction étrangère [...].

- article 113-6 du code pénal relatif à la compétence personnelle active pour des délits commis à l'étranger par un Français (la condition n'est pas exigée pour un crime) :

La loi pénale française est applicable à tout crime commis par un Français hors du territoire de la République.
Elle est applicable aux délits commis par des Français hors du territoire de la République si les faits sont punis par la législation du pays où ils ont été commis [...].

On notera que l'article 113-6 du code pénal emploie la même expression de *faits* [...] *punis par la législation* étrangère que l'article 689-11 du code de procédure pénale.

Une condition de double incrimination est également énoncée par divers textes relatifs à l'entraide judiciaire internationale : ainsi, en matière de reconnaissance des décisions d'enquête européenne (article 694-31 du code de procédure pénale), d'exécution des décisions de gel de biens ou d'éléments de preuve

prises par l'autorité étrangère pour certaines mesures de nature coercitive (article 695-9-17 du même code), ou encore en matière de reconnaissance des décisions de contrôle judiciaire (article 696-73 du code de procédure pénale).

La chambre criminelle n'a pas précisé le sens et la portée de la condition de double incrimination, telle que prévue par ces textes.

Selon André Huet, Renée Koering-Joulin et Kevin Mariat[130] :

Pour que le fait soit considéré comme « puni » par la loi étrangère, il faut d'abord, bien entendu, qu'il soit incriminé par cette loi, c'est-à-dire qu'il soit une infraction pénale ou un acte de complicité aux yeux de cette loi. [...]
Si la loi étrangère incrimine le fait, il faut encore, pour que celui-ci soit considéré comme puni, qu'il réunisse tous les éléments constitutifs de l'infraction ou de l'acte de complicité exigés par la loi étrangère et telle que celle-ci est interprétée par les tribunaux étrangers (A. Vitu, note : JCP G 1972, II, 16947).
Certes, il n'est pas nécessaire que les éléments, matériel et moral, soient identiques à ceux que prévoit la loi pénale française (W. Jeandidier, Droit pénal : Montchrestien, 2e éd., 1991, n° 164, « réciprocité d'incrimination ne signifie pas identité d'incrimination ». – C. Lombois, Droit pénal international : Dalloz, 2e éd., 1979, n° 377. – R. Merle et A. Vitu, Traité de droit criminel, t. I, Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général : Cujas, 7e éd., 1997, p. 417, note 3. – M. Puech, Droit pénal général : Litec, 1988, n° 439). En revanche, il importe que le fait survenu à l'étranger soit non seulement incriminé par la loi étrangère, mais encore qu'il soit concrètement puni, c'est-à-dire qu'il comporte tous les éléments constitutifs d'une infraction requis par la loi étrangère.[...]

Il faut encore que le fait qui s'est produit à l'étranger n'échappe pas à la répression en raison d'un fait justificatif ou d'une cause d'irresponsabilité admis par la loi étrangère.[...]
Mais, dès que le fait est « puni » par la loi étrangère, les tribunaux français sont compétents même si sa qualification selon la loi étrangère est différente de sa qualification selon la loi française (par exemple, ce qu'un Code pénal étranger réprime en tant que duel peut correspondre en France au délit de coups et blessures volontaires).

La condition de double incrimination est considérée comme implicitement satisfaite lorsque les tribunaux français tirent leur compétence de lois internes prises en application de conventions internationales : par hypothèse, tous les États signataires de ces conventions incriminent le fait (articles 689-2 à 689-10, 689-13 et 689-14 du code de procédure pénale).

Des développements spécifiques seront consacrés à la condition de double incrimination en matière extraditionnelle.

---

[130] Cf. *J.-Cl. Procédure pénale*, art. 689 à 693 - Fasc. 30 : Compétence des tribunaux répressifs français et de la loi pénale française - Infractions commises à l'étranger, mai 2022, par André Huet, Renée Koering-Joulin et Kevin Mariat, n° 25 et s.

C. 2. L'incrimination dans le code pénal français des crimes contre l'humanité et crimes de guerre

Les crimes, communément dits internationaux par nature, sont le génocide, le crime contre l'humanité, le crime de guerre et le crime d'agression.
L'article 689-11 du code de procédure pénale vise les trois premiers de ces crimes[131].

Ces crimes internationaux se composent d'un élément individuel (un crime de droit commun, tel un viol, un meurtre, aussi appelé fait sous-jacent) et d'un élément contextuel (le contexte spécifique dans lequel l'infraction a été commise).

Le contexte de la criminalité internationale révèle qu'il s'agit d'une entreprise d'ensemble. Marie Bardet[132] propose ainsi de définir l'infraction internationale par nature comme *un fait de participation intentionnel à une entreprise collective visant à détruire une collectivité déterminée*.

En droit français, puisque la répression des crimes internationaux ne procède pas directement des instruments internationaux et que les juridictions françaises, quand elles se déclarent compétentes, appliquent la loi pénale française[133], ce sont donc les incriminations du code pénal qui doivent être caractérisées[134].

1°) Le génocide et les autres crimes contre l'humanité

Le code pénal de 1992, entré en vigueur le 1er mars 1994, a créé des incriminations de crimes contre l'humanité aux articles 211-1 et suivants du code pénal. On observera que ces textes ne renvoient pas aux instruments de droit international.

Le génocide est défini par l'article 211-1 du code pénal :

Article 211-1 du code pénal
Constitue un génocide le fait, en exécution d'un plan concerté tendant à la destruction totale ou partielle d'un groupe national, ethnique, racial ou religieux, ou d'un groupe déterminé à partir de tout autre critère arbitraire, de commettre ou de faire commettre, à l'encontre de membres de ce groupe, l'un des actes suivants :

---

131 S'agissant du crime d'agression, la compétence de la Cour pénale internationale a été activée à compter du 17 juillet 2018, mais uniquement à l'égard des États ayant ratifié un amendement spécial. La France n'a pas ratifié l'amendement de Kampala relatif au crime d'agression. Le droit pénal français ne contient pas de disposition relative à ce crime.

132 Marie Bardet, *La notion d'infraction internationale par nature - Essai d'une analyse structurelle*, Nouvelle bibliothèque de thèses Dalloz, volume 212.

133 Crim., 23 octobre 2002, pourvoi n° 02-85.379, Bull. crim. 2002, n° 195.

134 En ce sens, André Giudicelli, « **Actualité de la "compétence universelle" », RSC 2019, p. 479.**

- atteinte volontaire à la vie ;
- atteinte grave à l'intégrité physique ou psychique ;
- soumission à des conditions d'existence de nature à entraîner la destruction totale ou partielle du groupe ;
- mesures visant à entraver les naissances ;
- transfert forcé d'enfants. [...]

Cette définition se distingue de celle du Statut de Rome par la notion d'exécution d'un plan concerté.

Les autres crimes contre l'humanité sont définis notamment par l'article 212-1 du code pénal :

Article 212-1 du code pénal

Constitue également un crime contre l'humanité et est puni de la réclusion criminelle à perpétuité l'un des actes ci-après commis en exécution d'un plan concerté à l'encontre d'un groupe de population civile dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique :

1° L'atteinte volontaire à la vie ;
2° L'extermination ;
3° La réduction en esclavage ;
4° La déportation ou le transfert forcé de population ;
5° L'emprisonnement ou toute autre forme de privation grave de liberté physique en violation des dispositions fondamentales du droit international ;
6° La torture ;
7° Le viol, la prostitution forcée, la grossesse forcée, la stérilisation forcée ou toute autre forme de violence sexuelle de gravité comparable ;
8° La persécution de tout groupe ou de toute collectivité identifiable pour des motifs d'ordre politique, racial, national, ethnique, culturel, religieux ou sexiste ou en fonction d'autres critères universellement reconnus comme inadmissibles en droit international;
9° La disparition forcée ;
10° Les actes de ségrégation commis dans le cadre d'un régime institutionnalisé d'oppression systématique et de domination d'un groupe racial sur tout autre groupe racial ou tous autres groupes raciaux et dans l'intention de maintenir ce régime ;
11° Les autres actes inhumains de caractère analogue causant intentionnellement de grandes souffrances ou des atteintes graves à l'intégrité physique ou psychique.

On notera là encore, dans la définition du code pénal, la notion de plan concerté qui est une spécificité de la législation française[135].

Dans un arrêt du 16 octobre 2019[136], la chambre criminelle a énoncé que le crime contre l'humanité exige la preuve que le crime a été commis dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique dirigée contre une population civile.

[135] Il résulte d'une étude réalisée par le Bureau du droit comparé et de la diffusion du droit de la Délégation aux affaires européennes et internationales du ministère de la justice que cette notion ne figure pas dans la législation des pays suivants : **Allemagne**, Belgique, Espagne, Pays-Bas, Suède et Suisse.
[136] Crim., 16 octobre 2019, pourvoi n° 18-84.608.

La chambre criminelle a rendu, le 7 septembre 2021, un important arrêt[137] relatif à la notion de complicité de crime contre l'humanité, concernant une grande entreprise, de droit français, de matériaux de construction. Le sommaire de cet arrêt est le suivant :

Aux termes du premier alinéa de l'article 121-7 du code pénal, est complice d'un crime ou d'un délit la personne qui sciemment, par aide ou assistance, en a facilité la préparation ou la consommation.
La complicité n'a pas lieu d'être définie différemment du droit commun lorsqu'est en cause le crime contre l'humanité.
La caractérisation d'un tel crime, qui doit porter sur chacun de ses éléments constitutifs, implique, dans le cas de l'article 212-1 du code pénal, notamment, la démonstration de l'existence, en la personne de son auteur, d'un plan concerté à l'encontre d'un groupe de population civile dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique, ce crime ne se réduisant pas aux crimes de droit commun qu'il suppose.
En revanche, l'article 121-7 du code pénal n'exige ni que le complice de crime contre l'humanité appartienne à l'organisation, le cas échéant, coupable de ce crime, ni qu'il adhère à la conception ou à l'exécution d'un tel plan concerté, ni encore qu'il approuve la commission des crimes de droit commun constitutifs du crime contre l'humanité.
Il suffit qu'il ait connaissance de ce que les auteurs principaux commettent ou vont commettre un tel crime contre l'humanité et que par son aide ou assistance, il en facilite la préparation ou la consommation.

Encourt en conséquence la censure la chambre de l'instruction qui, pour annuler la mise en examen d'une société du chef de complicité de crime contre l'humanité, retient que le financement par elle d'une organisation susceptible d'être en train de commettre des crimes contre l'humanité était destiné à permettre la poursuite de son activité dans une zone en proie à la guerre civile puis contrôlée par ladite organisation, et ne manifestait donc pas l'intention de la société mise en examen de s'associer aux crimes contre l'humanité perpétrés par cette entité, alors que le versement en connaissance de cause d'une somme de plusieurs millions de dollars à une organisation dont l'objet n'est que criminel suffit à caractériser la complicité par aide et assistance, peu important que le complice agisse en vue de la poursuite d'une activité commerciale, circonstance ressortissant au mobile et non à l'élément intentionnel.

Et on notera le paragraphe 70 de l'arrêt :

> *70. Une interprétation différente des articles 121-7 et 212-1 du code pénal, pris ensemble, qui poserait la condition que le complice de crime contre l'humanité adhère à la conception ou à l'exécution d'un plan concerté, aurait pour conséquence de laisser de nombreux actes de complicité impunis, alors que c'est la multiplication de tels actes qui permet le crime contre l'humanité.*

137 Crim., 7 septembre 2021, pourvoi n° 19-87.367, publié au Bulletin.

Pour mémoire, on peut noter que l'article 7 du Statut de Rome définit très précisément ce que sont les crimes contre l'humanité au sens de ce traité :

Article 7

Crimes contre l'humanité

Aux fins du présent Statut, on entend par crime contre l'humanité l'un quelconque des actes ci-après lorsqu'il est commis dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique lancée contre toute population civile et en connaissance de cette attaque:

a) Meurtre ;

b) Extermination ;

c) Réduction en esclavage ;

d) Déportation ou transfert forcé de population ;

e) Emprisonnement ou autre forme de privation grave de liberté physique en violation des dispositions fondamentales du droit international ;

f) Torture ;

g) Viol, esclavage sexuel, prostitution forcée, grossesse forcée, stérilisation forcée ou toute autre forme de violence sexuelle de gravité comparable ;

h) Persécution de tout groupe ou de toute collectivité identifiable pour des motifs d'ordre politique, racial, national, ethnique, culturel, religieux ou sexiste au sens du paragraphe 3, ou en fonction d'autres critères universellement reconnus comme inadmissibles en

droit international, en corrélation avec tout acte visé dans le présent paragraphe ou tout crime relevant de la compétence de la Cour ;

i) Disparitions forcées de personnes ;

j) Crime d'apartheid ;

k) Autres actes inhumains de caractère analogue causant intentionnellement de grandes souffrances ou des atteintes graves à l'intégrité physique ou à la santé physique ou mentale.[...]

2°) Les crimes de guerre

Les crimes de guerre, anciennement réprimés sur le fondement des qualifications de droit commun, sont désormais prévus et réprimés par les articles 461-1 à 461-31 du code pénal, créés par la loi n° 2010-930 du 9 août 2010 et insérés dans un livre quatrième bis intitulé « Des crimes et des délits de guerre ».

Article 461-1 du code pénal

Constituent des crimes ou des délits de guerre les infractions définies par le présent livre commises, lors d'un conflit armé international ou non international et en relation avec ce conflit, en violation des lois et coutumes de la guerre ou des conventions internationales applicables aux conflits armés, à l'encontre des personnes ou des biens visés aux articles 461-2 à 461-31.

L'article 461-1 du code pénal *donne une définition générale des crimes et délits de guerre qui en détermine les éléments constitutifs communs qui se surajoutent à leurs éléments constitutifs matériel et intentionnel* [138]. L'un de ces éléments

[138] Didier Rebut, *Droit pénal international*, Précis Dalloz, 3ème édition 2019, n° 977.

constitutifs est la commission des faits lors d'un conflit armé et en relation avec ce conflit, soit un élément contextuel.

Le code pénal distingue les crimes et délits de guerre punis quelle que soit la nature du conflit dans lequel ils ont été perpétrés (articles 461-2 à 461-18), puis ceux commis exclusivement dans un conflit armé international (articles 461-19 à 461-29) et enfin ceux réalisés lors de conflits armés non internationaux (articles 461-30 et 461-31).

Les incriminations créées par la loi nationale correspondent aux crimes prévus par l'article 8 du Statut de Rome.

Ainsi, s'agissant des mineurs, l'article 461-7 du code pénal dispose :
Le fait de procéder à la conscription ou à l'enrôlement de mineurs de dix-huit ans dans les forces armées ou dans des groupes armés, ou de les faire participer activement à des hostilités est puni de vingt ans de réclusion criminelle. Ces dispositions ne font pas obstacle à l'enrôlement volontaire des mineurs de plus de quinze ans.

Aucun arrêt n'a été rendu par la chambre criminelle relativement à la définition des crimes de guerre, depuis la loi du 9 août 2010.

Selon Olivier Beauvallet[139], *un conflit armé existe chaque fois qu'il y a recours à la force armée entre États ou des hostilités prolongées entre les autorités gouvernementales et des groupes armés organisés ou entre de tels groupes au sein d'un État.*

C. 3. La conception française de la répression des crimes internationaux

Il faut souligner que selon Didier Rebut[140], la conception française de la répression des crimes internationaux s'est exprimée dans l'ordonnance du 28 août 1944 relative à la répression des crimes de guerre, laquelle a constitué le fondement de la répression en France des crimes commis par les nazis[141]. La qualification de crimes de guerre y était appliquée à l'ensemble de ces crimes, et donc les crimes contre l'humanité qui ne faisaient pas l'objet d'une incrimination spécifique. Elle correspondait à des infractions de droit commun du code pénal et du code de justice militaire, que l'ordonnance rendait applicables si ces infractions n'étaient pas justifiées par les lois et coutumes de la guerre.

---

[139] *J.-Cl Pénal Code*, articles 461-1 à 462-11 ; Fasc. 20 : Des crimes et des délits de guerre, par Olivier Beauvallet, n° 34.

[140] Didier Rebut*, Droit pénal international*, précité. n° 919 - 922 ; cf. également n° 177.

[141] C'est sur ce fondement notamment que la chambre criminelle a statué sur des crimes de guerre dans l'affaire Klaus Barbie : Crim., 20 décembre 1985, pourvoi n° 85-95.166, Bull. crim. 1985 n° 407.

Ainsi, cette conception française de la répression des crimes internationaux *ne donne pas lieu à une application directe* du *droit international. Celui-ci n'est pris en compte qu'à la condition qu'il soit intégré à l'ordre juridique national par le biais d'une ratification et dans la mesure où il est relayé par une disposition de droit pénal. La mise en oeuvre du pouvoir répressif français est donc, dans tous les cas, liée à une disposition nationale qui en est à la fois la condition et le fondement conformément à l'article 34 de la Constitution selon lequel la loi fixe les règles concernant la détermination des crimes et des délits ainsi que les peines qui leur sont applicables.* **Cette mise en oeuvre peut certes prendre en compte le droit international mais le droit international ne peut, à lui seul, actionner la répression nationale142.**

Deux arrêts sont cités à l'appui de cette analyse.

En premier lieu, l'arrêt du 1er avril 1993[143], selon lequel **les dispositions de la loi du 26 décembre 1964 et du statut du Tribunal militaire international de Nuremberg, annexé à l'accord de Londres du 8 août 1945, ne concernent que les faits commis pour le compte des pays européens de l'Axe.** La chambre criminelle en déduit qu'elle n'est pas applicable à des faits commis, pendant la guerre d'Indochine, contre des prisonniers militaires français.

En second lieu, un arrêt du 17 juin 2003[144], concernant des faits commis pendant la guerre d'Algérie. Par cet arrêt, la chambre criminelle confirme que les dispositions de la loi du 26 décembre 1964 et du statut du Tribunal Militaire International de Nuremberg ne concernent que les faits commis pour le compte des pays européens de l'Axe. Ensuite, elle ajoute **qu'une coutume internationale ne saurait suppléer à l'absence de textes incriminant, dans la loi française, les faits sous la qualification de crimes contre l'humanité** :

> *Attendu qu'il résulte de l'arrêt attaqué et des pièces de la procédure que X... a porté plainte et s'est constitué partie civile contre personne non dénommée pour crimes contre l'humanité, à raison des tortures et exécutions sommaires que, dans un livre publié le 3 mai 2001, le général Y... révélait avoir pratiquées ou ordonné de pratiquer sur la population civile, en Algérie entre 1955 et 1957, alors qu'il était officier de renseignements au service de l'armée française ;*
>
> *Attendu que, pour confirmer l'ordonnance entreprise, la chambre de l'instruction retient par les motifs repris au moyen que, ne pouvant être poursuivis sous la qualification de crimes contre l'humanité, les faits dénoncés entrent dans les prévisions de la loi n°68-697, en date du 31 juillet 1968, portant amnistie ;*

142 Souligné par le rapporteur.

143 Crim., 1er avril 1993, pourvoi n° 92-82.273, Bull. crim. 1993, n° 143.

144 Crim., 17 juin 2003, pourvoi n° 02-80.719, Bull. crim. 2003, n° 122.

Attendu qu'en prononçant ainsi, les juges ont justifié leur décision ; Que, les dispositions de la loi du 26 décembre 1964 et celles du Statut du Tribunal militaire international de Nuremberg, annexé à l'accord de Londres du 8 août 1945, ne concernent que les faits commis pour le compte des pays européens de l'Axe ; Que, par ailleurs, les principes de légalité des délits et des peines et de non rétroactivité de la loi pénale plus sévère, énoncés par les articles 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, 7-1 de la Convention européenne des droits de l'homme, 15-1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 111-3 et 112-1 du Code pénal, font obstacle à ce que les articles 211-1 à 212-3 de ce Code réprimant les crimes contre l'humanité s'appliquent aux faits commis avant la date de leur entrée en vigueur, le 1er mars 1994 ;

Qu'enfin, la coutume internationale ne saurait pallier l'absence de texte incriminant, sous la qualification de crimes contre l'humanité, les faits dénoncés par la partie civile ;

D'où il suit que le moyen doit être écarté ;

La chambre criminelle juge donc depuis longtemps que les poursuites du chef de crimes contre l'humanité sont exclues en droit français, lorsque les faits reprochés ont été commis postérieurement à la seconde guerre mondiale et avant l'entrée en vigueur, le 1er mars 1994, des dispositions du code pénal ayant, pour la première fois, prévu la répression de ces crimes.

Il convient de noter que **la chambre criminelle se fonde par contre sur la coutume internationale, s'agissant de la question de l'immunité d'un chef d'État**.

Ainsi, par exemple, un arrêt du 13 janvier 2021[145] énonce que la coutume internationale s'oppose à ce que les agents d'un État, en l'absence de dispositions internationales contraires s'imposant aux parties concernées, puissent faire l'objet de poursuites, pour des actes relevant de l'exercice de la souveraineté de l'État, devant les juridictions pénales d'un État étranger[146].

Commentant l'arrêt du 17 juin 2003, selon lequel une coutume internationale ne saurait suppléer à l'absence de textes incriminant les faits sous la qualification de crimes contre l'humanité, Jean-François Roulot explique[147] *: En droit international, les règles qui organisent la répression des crimes contre l'humanité relèvent du jus cogens, c'est-à-dire du droit international impératif. Ce dernier*

[145] Crim., 13 janvier 2021, pourvoi n° 20-80.511, publié au Bulletin.

146 Dans le même sens, Crim., 19 janvier 2010, pourvoi n° 09-84.818, Bull. crim. 2010, n° 9.

[147] Jean-François Roulot, « Réflexions sur le refus d'informer du chef de crime contre l'humanité pour des faits liés à la guerre d'Algérie », *La Semaine Juridique Edition Générale n° 38*, 17 Septembre 2003, II 10146.

présente la caractéristique de s'imposer même contre la volonté d'un État pris individuellement. Ce droit s'imposant aux souverainetés, prime donc le droit national qui n'est que l'expression d'une souveraineté (même si celle-ci se propose de faire respecter le droit international).
En droit français la hiérarchie des normes est inversée par rapport au droit international: le droit national prime le droit international relatif au crime contre l'humanité.
[...] La cause des oppositions qui existent entre le droit national et le droit international est, en matière de crime contre l'humanité, structurelle. Le droit français est un droit écrit alors que le droit international pénal est un droit coutumier.

Aux termes de l'article 53 de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des
traités, le *jus cogens* s'entend d'une norme impérative de droit international général, [...] acceptée et reconnue par la communauté internationale des États dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère.

Et selon le même auteur, la coutume internationale relativement à l'immunité de juridiction reconnue aux chefs d'État étrangers est prise en compte par la jurisprudence française, car c'est le droit international relatif à la paix qui s'applique dans un tel cas. L'apparente contradiction de jurisprudence n'en serait pas une :

À l'exception des règles liées à l'organisation de la paix, le droit français ne prend pas en considération les coutumes internationales. Ces dernières ne sont réceptionnées que lorsqu'elles prennent la forme d'une convention qui a été régulièrement ratifiée au sens des articles 52 et suivants de la Constitution (titre VI). Le crime contre l'humanité étant une atteinte criminelle portée au droit international des droits de l'homme, cette coutume internationale ne peut, en l'état des dispositions constitutionnelles, être réceptionnée en droit français. En l'occurrence, la cour, en écartant la coutume, a strictement appliqué la Constitution. Par contre dans l'affaire Kadhafi[148]*, le droit applicable est autre : c'est l'organisation de la paix qui est en cause. Il s'agit d'appliquer le 15e alinéa du Préambule de 1946, lequel prévoit que : "Sous réserve de réciprocité, la France consent aux limitations de souveraineté nécessaires à l'organisation et à la défense de la paix". La cour a alors pu écarter les dispositions relatives aux traités, expression de la souveraineté, pour appliquer la coutume et défendre ainsi la paix. On constate que même dans cette hypothèse l'attitude du juge reste scrupuleusement conforme au droit français. La jurisprudence Kadhafi n'est donc pas remise en cause.*

148 Crim., 13 mars 2001, pourvoi n° 00-87.215, Bull. crim. 2001, n° 64 : La coutume internationale s'oppose à ce que les chefs d'État en exercice puissent, en l'absence de dispositions internationales contraires s'imposant aux parties concernées, faire l'objet de poursuites devant les juridictions pénales d'un État étranger.

C. 4. Les débats parlementaires relatifs à la condition de double incrimination

1°) Les débats parlementaires ayant précédé l'adoption de la loi du 9 août 2010

Les débats devant le Sénat, relatifs à l'article 689-11 du code de procédure pénale, ont essentiellement porté sur la question de savoir s'il fallait exiger une « résidence habituelle » de la personne à poursuivre en France, ou si la simple « présence » sur le territoire national pouvait suffire.

M. Patrice Gélard, rapporteur, lors de la séance publique du 10 juin 2008, précisait :
« Est également requise une double incrimination ou le fait que la personne soit justiciable de la CPI, et ce pour respecter la légalité des délits et des peines. »

La question de la définition précise de cette double incrimination n'a pas été abordée devant le Sénat, ni en commission, ni en séance publique.

Devant **l'Assemblée Nationale,** en revanche, le débat sur cette condition a été plus nourri.

Ainsi, le rapporteur de la commission, M. Thierry Mariani, écrivait[149] que :
« 2. La nécessaire double incrimination
Cette condition exige que les faits reprochés soient punis tant par la législation française que par la législation de l'État où ils ont été commis.
Elle est également très critiquée au motif qu'elle ne s'applique pas dans le régime de la compétence universelle de l'article 689-1 du code de procédure pénale et que le fait de conditionner la poursuite en France des crimes les plus graves à l'existence d'une loi nationale étrangère ou au fait qu'un État tiers soit lui-même partie au Statut de Rome n'est pas acceptable, alors que la France est partie à la convention internationale qui définit et poursuit ces crimes.

Votre rapporteur estime que cette condition est la traduction du principe de légalité des peines et vise à conférer une légitimité juridique à l'intervention de la justice française. Elle ne signifie, en revanche, pas que les faits doivent recevoir une incrimination identique dans les deux États : les faits doivent être effectivement réprimés dans l'autre pays, même s'ils y sont qualifiés différemment et si on leur applique des peines plus ou moins sévères. »

Un amendement a été déposé par Mme Chantal Bourragué, suppléant Mme Nicole Ameline, rapporteure pour avis de la commission des affaires étrangères, aux fins de suppression de cette condition de double incrimination. Lors des débats en séance publique du 13 juillet 2010, elle explicitait ainsi sa position :

[149] Rapport Assemblée nationale n° 2517 du 19 mai 2010, fait au nom de la commission des lois par M. Mariani, député.

« Cette condition de double incrimination pose problème. Elle ne signifie pas que les faits doivent recevoir une incrimination identique dans les deux États. Ils doivent être effectivement réprimés dans l'autre pays, même s'ils y sont qualifiés différemment et si on leur applique des peines moins sévères. **Si une partie des crimes visés par le Statut de Rome, comme les meurtres ou les viols, sont sanctionnés dans tous les pays, tel n'est pas le cas de tous les crimes contre l'humanité et de tous les crimes de guerre.**
Si la compétence de la France est conditionnée à l'existence des crimes dans le droit de l'autre pays, elle ne pourra pas s'exercer pour certains faits commis dans les pays où le droit est moins complet et moins sévère et où il n'y a aucune chance qu'ils soient poursuivis par la justice nationale. »

Mme Ameline, dans son avis fait au nom de la commission des affaires étrangères sur le projet de loi[150], avait précédemment indiqué :
« Ainsi, **le fait qu'un pays ne reconnaisse pas les crimes de guerre ne ferait pas obstacle à la poursuite de l'un de ses ressortissants par la France à ce titre pour un meurtre ou un viol, si l'un ou l'autre est sanctionné dans ce pays, ce qui est universellement le cas. Il faut néanmoins reconnaître que tous les crimes de guerre ne peuvent pas être rapprochés d'une incrimination de droit commun**. »

Le rapporteur de la commission rétorquait, lors des débats en séance publique du 13 juillet 2010 :
« Cette condition n'est jamais que la traduction du principe de légalité des peines. Elle vise à conférer une légitimité juridique à l'intervention des juridictions françaises. Elle n'implique en revanche pas qu'il faille que les faits aient une incrimination identique dans les deux États. Les faits doivent effectivement être réprimés dans l'autre pays même s'ils sont qualifiés différemment ou si on leur applique des peines différentes. Comment justifier que l'on poursuivrait quelqu'un pour des faits qui ne sont pas punis dans son propre pays ? Ce serait aller à l'encontre du principe fondamental de légalité des délits et des peines.
J'ajoute qu'aucun pays au monde ne laisse le meurtre ou les faits de barbarie impunis dans sa législation pénale. On ne peut donc pas arguer qu'en maintenant la condition de double incrimination, on laisserait impunis les auteurs d'un génocide par exemple. »

Et M. Jean-Marie Bockel, secrétaire d'État, pour le gouvernement, émettait un avis défavorable à l'amendement tendant à la suppression de la condition de double incrimination, pour les raisons suivantes :
« Ce critère de la double incrimination est une exigence universellement reconnue des droits de l'homme. De plus, comme l'a souligné le rapporteur, cela n'empêche pas de poursuivre des faits graves. D'ailleurs, contrairement à ce qui est expliqué dans l'exposé sommaire de ces amendements, il n'est imposé une identité ni des qualifications ni des peines encourues.

[150] Avis fait au nom de la commission des affaires étrangères sur le projet de loi, adopté par le Sénat, portant adaptation du droit pénal à l'institution de la Cour pénale internationale, par Mme Nicole Ameline, députée, enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale le 8 juillet 2009, p.53.

Aucun fait grave, que ce soit un génocide, un assassinat, un viol, n'échappera à la compétence des juridictions françaises en raison de cette exigence de double incrimination ; tout le monde en a conscience.
Il n'y a pas de risque. »

On observera en outre que, selon les Observations du gouvernement sur les recours dirigés contre la loi portant adaptation du droit pénal à l'institution de la Cour pénale internationale, présentées devant le Conseil constitutionnel[151] : *Le Gouvernement souhaite signaler que cette condition de double incrimination ne constituera jamais, en fait, un obstacle à la poursuite et au jugement des crimes les plus graves. Il n'est pas nécessaire en effet, pour l'application de l'article, que les dénominations des crimes soient identiques (notamment que le génocide soit, en tant que tel, incriminé) : il suffit que les faits soient pénalement sanctionnés ; or tous les États du monde incriminent l'assassinat et le meurtre.*

L'interprétation faite par la chambre criminelle, dans son arrêt du 24 novembre 2021, est-elle en harmonie avec ces positions, exprimées lors des débats parlementaires ayant précédé l'adoption de la loi du 9 août 2010 qui a créé l'article 689-11 du code de procédure pénale ?

2°) Les débats parlementaires ayant précédé l'adoption de la loi modificative du 23 mars 2019

La condition de double incrimination a été supprimée par la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 pour le crime de génocide, non pour les autres crimes contre l'humanité et les crimes de guerre.

En effet, un amendement, qui modifiait la rédaction de l'article 689-11 du code de procédure pénale afin d'élargir la compétence des tribunaux français pour juger les auteurs de génocide, crimes de guerre et crimes contre l'humanité commis à l'étranger, a été adopté par la commission des lois du Sénat. Il prévoyait exclusivement que les poursuites ne pourraient être exercées qu'à la requête du ministère public, et à la condition qu'aucune juridiction étrangère ou internationale ne demande la remise ou l'extradition de l'auteur des faits.

En première lecture à l'Assemblée nationale, a été adopté un amendement du gouvernement maintenant la condition de résidence habituelle de la personne en France et l'exigence de double incrimination, du moins, en ce qui concerne cette seconde condition, pour les crimes internationaux autres que le génocide[152].

---

[151] Observations du Gouvernement sur les recours dirigés contre la loi portant adaptation du droit pénal à l'institution de la Cour pénale internationale, JORF n°0183 du 10 août 2010, texte n° 6.

[152] Rapport fait au nom de la commission des lois par Mme Laetitia Aviva et M. Didier Paris, enregistré le 19 décembre 2018. Sous-section 2 Dispositions relatives au jugement des crimes : Article 42 (art. 281, 316-1 [nouveau], 331, 332, 365-1, 371-1 [nouveau], 380-2-1 A et 380-3-1 [nouveaux], 689-11 et 698-6 du code de procédure pénale) Mesures de simplification du procès d'assises et expérimentation du tribunal criminel départemental.

En séance publique le 23 novembre 2018 (3ème séance), Mme Nicole Belloubet, garde des sceaux, s'exprimait ainsi à ce propos :
« En ce qui concerne enfin l'exigence de double incrimination, il s'agit d'un principe fondamental du droit international. Il ne paraît dès lors possible d'y déroger que de façon tout à fait exceptionnelle. Je vous demande par conséquent de réserver cette dérogation au crime de génocide. Une telle exception est justifiée par la spécificité absolue, historiquement sans précédent, de ce crime, objet de la convention onusienne du 9 décembre 1948 pour la prévention et la répression du crime de génocide, adoptée à l'unanimité : elle stipule que « le génocide est un crime du droit des gens, en contradiction avec l'esprit et les fins des Nations unies et que le monde civilisé condamne ». La jurisprudence de la Cour internationale de justice a du reste établi que l'interdiction du génocide constituait une norme impérative du droit international.
J'observe par ailleurs que notre code pénal, dans sa version adoptée en 1992, distingue clairement le génocide des autres crimes contre l'humanité : il les fait figurer dans deux chapitres différents et définit le génocide, en son article 211-1, de façon particulièrement précise par l'existence d'« un plan concerté tendant à la destruction totale ou partielle d'un groupe national, ethnique, racial ou religieux, ou d'un groupe déterminé à partir de tout autre critère arbitraire ». Les autres crimes contre l'humanité et les crimes de guerre font l'objet de définitions plus larges pouvant donner lieu à des interprétations susceptibles d'être parfois contestées. »

On peut cependant observer que le droit international ne prévoit pas, à la connaissance du rapporteur, de principe fondamental de double incrimination.
Par ailleurs, dans les Principes du droit international consacrés par le Statut du Tribunal de Nuremberg et dans le jugement de ce tribunal, le génocide n'était pas distingué des autres crimes contre l'humanité.
En outre, comme les travaux de la Commission du droit international des Nations Unies le montrent, l'interdiction des crimes contre l'humanité est également une norme impérative du droit international général (*jus cogens*)[153].

Didier Rebut[154] expose que la condition de double incrimination s'explique par l'absence de consensus international sur la définition des autres crimes contre l'humanité et des crimes de guerre. Il s'agit de garantir que la compétence universelle s'exerce à l'encontre de crimes qui sont incriminés par les États qui auraient vocation à les poursuivre. Et si la condition de double incrimination ne s'applique pas au crime de génocide, cette solution résulterait du consensus international sur l'incrimination de génocide.

[153] Cf. notamment projet d'articles sur le sujet de la prévention et la répression des crimes contre l'humanité, devant servir de base à la conclusion d'un instrument international, adopté en première lecture en 2019 par la Commission.

[154] Didier Rebut, *Droit pénal international*, Précis Dalloz, 3ème édition 2019, n° 209.

Le Conseil constitutionnel a été saisi du contrôle de la loi du 23 mars 2019, mais pas en ce qui concerne l'article 689-11 du code de procédure pénale, tel que modifié par cette loi[155].

En tout état de cause, on peut rappeler que le Conseil constitutionnel juge qu'un grief tiré du défaut de compatibilité d'une disposition législative aux engagements internationaux de la France ne saurait être regardé comme un grief d'inconstitutionnalité[156]. Par suite, il ne lui appartient pas, lorsqu'il est saisi en application de l'article 61-1 de la Constitution, d'examiner la compatibilité des dispositions contestées avec les engagements internationaux de la France[157].

D - Les incriminations en droit syrien

Puisque la Syrie n'a pas ratifié le traité de Rome, la condition de double incrimination s'applique et il convient donc de s'assurer du contenu de la loi étrangère.

Compte tenu des difficultés d'accès à la législation syrienne, les éléments qui suivent[158] ne sauraient être considérés comme exhaustifs.

Les recherches effectuées tendent à confirmer qu'il n'existe pas en droit interne syrien d'incrimination des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre, au sens de la loi française, à l'exception de l'implication d'enfants dans les hostilités.

- D. 1. Le droit interne syrien

1°) La Constitution syrienne

L'article 53-2 de la Constitution du 26 février 2012 prévoit : Il est interdit de torturer ou d'humilier quiconque et la loi détermine le châtiment contre l'auteur[159].

---

155 *Cons. const., 21 mars 2019, décision n° 2019-778 DC*

156 Cons. const., 12 mai 2010, décision n° 2010-605 DC

157 Cons. const., 22 juillet 2010, décision n° 2010-4/17 QPC. C'est ainsi que la chambre criminelle (Crim., 3 avril 2019, pourvoi n° 18-86.700) a énoncé : la question [prioritaire de constitutionnalité] posée est irrecevable en ce qu'elle revient à mettre en cause la conformité du 1er alinéa de l'article 99 du code de procédure pénale avec le droit international coutumier, matière qui n'entre pas dans le cadre du contrôle de conformité des lois avec la Constitution.

158 Sources :
- Note du bureau des droits fondamentaux, du droit de l'Union et du droit comparé du Service de documentation, des études et du rapport de la Cour de cassation, rédigée sous la supervision de Sophie Couvez, cheffe du bureau.
- Note du Bureau du droit comparé et de la diffusion du droit de la Délégation aux affaires européennes et internationales du Ministère de la justice.

159 Traduction officielle disponible sur le site de l'agence arabe syrienne d'informations (SANA).

L'article 54 dispose, quant à lui : Toute violation de la liberté personnelle ou de la sainteté de la vie personnelle ou de tous autres droits ou libertés publiques garantis par la Constitution est considérée comme un crime qui est puni par la loi.

2°) La législation syrienne

Crime contre l'humanité

Il n'a pas été identifié, dans le code pénal syrien[160], la notion de crime contre l'humanité.
Sont en revanche prévues les infractions d'extorsion d'aveux ou de renseignements, de meurtre, de violences, de viol, de séquestration et d'enlèvement.

La torture

L'article 391 du code pénal réprime la torture dans le cas particulier de l'extorsion d'aveux ou de renseignements. Il prévoit que :
1- Quiconque, dans le but d'obtenir l'aveu d'une infraction, ou des renseignements sur une infraction, aura soumis une personne à des rigueurs non autorisées par la loi sera puni de trois mois à trois ans d'emprisonnement.
2- Si les violences exercées ont entraîné une maladie ou des blessures, le minimum de la peine sera d'un an.

Dans un rapport du 25 mai 2010, le Comité contre la torture des Nations Unies a relevé que l'État syrien devrait « modifier sa législation de façon à y incorporer une définition de la torture qui soit pleinement conforme à la définition qui figure à l'article premier de la Convention, avec tous les éléments de cette définition » et « revoir sa législation en vue de faire en sorte que les actes de torture soient érigés en infraction dans son droit pénal et emportent des peines appropriées qui tiennent compte de la gravité des actes en cause, comme le requiert le paragraphe 2 de l'article 4 de la Convention contre la torture »[161] .

Par conséquent, afin de se conformer à la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants à laquelle elle est partie depuis le 19 août 2004, la Syrie a adopté le 28 mars 2022 la loi n° 16 relative à la criminalisation de la torture, qui est entrée en vigueur le 30 mars 2022. Cette loi incrimine désormais formellement la torture et prévoit de plus lourdes sanctions pénales. Elle ne paraît cependant pas applicable dans la présente procédure compte tenu de la date des faits.

Le meurtre

[160] Une traduction privée de 1979 d'extraits dudit code a été produite dans le dossier ayant donné lieu au pourvoi n°Y2280057. Autrement, plusieurs lois modificatives sont accessibles en sources ouvertes et/ou annoncées dans des communiqués de presse accessibles sur le site de l'agence nationale d'information syrienne.

[161] Observations finales du comité contre la torture, République arabe syrienne, 44ème session, 15 mai 2010, p. 2.

Le code pénal syrien incrimine le meurtre. Sont ainsi incriminés à l'article 533, l'homicide intentionnel, et aux articles 534 et 535 le meurtre aggravé.

Les violences

Les articles 540 à 543 du code pénal syrien répriment le fait d'intentionnellement porter des coups, de blesser ou de causer toute autre lésion en fonction du préjudice qui en est résulté pour la victime (article 540 pour l'incapacité personnelle inférieure à 10 jours, article 541 pour l'incapacité personnelle comprise entre 10 et 20 jours, article 542 pour l'incapacité personnelle de plus de 20 jours et article 543 pour la mutilation, l'excision d'un organe, l'amputation d'un membre, un membre ou organe impropre à sa fonction, une grave défiguration ou toute autre infirmité permanente).

Le viol

Les dispositions relatives au viol (articles 489 et suivants du code pénal) sont intégrées dans le titre 7 relatif aux infractions contre les mœurs et la moralité publique, et plus particulièrement dans le premier chapitre consacré aux attentats aux mœurs.

La loi n° 11 de 2013 a modifié l'article 489 du code pénal, désormais ainsi rédigé :
1. Toute personne qui force (quelqu'un) autre que son conjoint, en utilisant la violence ou les menaces, à avoir des rapports sexuels, est punie de travaux forcés à vie.
2. La peine devient la peine de mort si :
a. la victime est âgée de moins de 15 ans
b. l'infraction a été commise sous la menace d'une arme.

La séquestration et l'enlèvement

Le code pénal syrien prévoit des infractions contre la liberté aux articles 555 et 556.

Ainsi, l'article 555 incrimine le fait pour un individu de priver autrui de sa liberté personnelle et l'article 556 prévoit des circonstances aggravantes, notamment lorsque la personne privée de sa liberté a été soumise à des tortures physiques ou morales.

Le rapt (enlèvement d'une personne en vue de commettre sur elle la débauche notamment) est prévu aux articles 500 et suivants.

Aucune circonstance aggravante de ces infractions n'apparaît faire référence à un plan concerté à l'encontre d'un groupe de population civile ou à une attaque généralisée ou systématique.

On trouve néanmoins la notion de « plan concerté », mais au chapitre II intitulé : « Des atteintes aux droits et aux devoirs civiques ». Celui-ci réprime « toute

entrave à l'exercice des droits ou à l'accomplissement des devoirs civiques d'un syrien, commise par menace, voies de fait ou tout autre moyens de contrainte physique ou morale » (article 319), lorsque ce fait « aura été commis en vertu d'un plan concerté pour être mis à exécution sur tout le territoire de l'État, ou dans plusieurs localités » (article 320).

Crimes de guerre

Plusieurs dispositions du code pénal syrien, dans le livre II « Des infractions » - titre I « Des infractions contre la sûreté de l'État », définissent des infractions commises dans le contexte d'un conflit armé ou y étant associées. Il s'agit de crimes commis contre la sûreté extérieure (par exemple articles 285, 286, 289 et 290) ou intérieure (par exemple articles 292, 293,294, 296, 297, 298) de l'État.
Comme l'indiquent les titres du code pénal où se situent ces infractions, elles ont vocation à protéger avant tout la sûreté intérieure et extérieure de l'État syrien. Ne sont pas retrouvées les notions de personne protégée, de bien protégé ou d'atteinte aux libertés et aux droits des personnes.

Toutefois un article 488 bis du code pénal, relatif à l'implication d'enfants dans les hostilités, a été créé par une loi n° 11 de 2013. Cet article dispose :
L'implication des enfants dans les hostilités
1. Quiconque recrute un enfant de moins de 18 ans dans le but de l'impliquer dans des hostilités ou tous autres actes connexes tels que le port d'armes, d'équipements ou de munitions, leur transport ou la pose d'explosifs, ou encore dans le but de le positionner à des checkpoints, de l'envoyer en reconnaissance, de l'utiliser pour tromper l'ennemi ou comme bouclier humain, ou de le mettre au service des meneurs des hostilités, sous quelque forme que ce soit, est puni de travaux forcés temporaires de 10 à 20 ans et d'une amende de 1 à 3 millions de livres sterling.
2. La peine mentionnée au paragraphe précédent est portée aux travaux forcés à perpétuité si l'acte commis a causé un handicap permanent à l'enfant ou s'il a été abusé sexuellement ou si on lui a donné des drogues ou des substances psychotropes, et la peine devient la peine de mort si le crime commis a causé la mort de l'enfant.[162]

Enfin, le code pénal et de procédure pénale militaire de 1950 contient un article 132 ainsi libellé :
Tout militaire ou non militaire ayant commis les actes suivants dans une zone de combats militaires est passible de :
A - L'arrestation provisoire s'il pille un militaire blessé [ou] malade ....
B - De la peine capitale s'il cause, par la violence, des blessures supplémentaires à un militaire blessé [ou] malade ... en vue de le piller.

D. 2. Le droit international

1°) Le statut du droit international en droit syrien

[162] Par ailleurs, l'article 46 de la loi n° 21/2021 sur la protection des enfants, promulguée le 15 août 2021, interdit de recruter ou d'impliquer un enfant dans des opérations de combat ou d'autres actes connexes.

La Constitution syrienne ne se prononce pas sur le rang hiérarchique accordé au droit international dans l'ordre juridique syrien.

En revanche, sur le fondement des articles 25 du code civil et 311 du code de procédure civile, la Cour de cassation syrienne a affirmé la primauté des traités internationaux sur la loi.

Ainsi, selon l'arrêt de la Cour de cassation n° 23 de 1931, « une loi interne ne peut établir des règles qui contredisent les termes d'un traité international existant avant ladite loi, ni modifier, même implicitement, ses dispositions d'application ». Ce principe est confirmé par un autre arrêt rendu par la chambre civile de la Cour de cassation le 21 décembre 1980, qui précise que les tribunaux nationaux n'appliquent pas les traités au motif que l'État s'est engagé à les mettre en œuvre, mais plutôt parce que les traités sont devenus partie intégrante du droit interne de l'État. En cas de conflit entre un traité et une loi interne, le tribunal interne doit appliquer les dispositions du traité, car elles ont la priorité sur le droit interne[163].

Dans des réponses écrites aux questions posées par le Comité des droits de l'homme concernant l'application du Protocole facultatif à la Convention aux droits de l'enfant relatif à l'implication des enfants dans les conflits armés, le gouvernement syrien a indiqué qu'en cas de conflit entre une loi interne, quelle qu'elle soit, et les dispositions d'un traité international auquel la Syrie est partie, ces dernières ont la primauté[164].

Le ministère de la justice syrien a publié, le 19 janvier 2014[165], une circulaire demandant à tous les juges, aux autorités judiciaires et au département de l'inspection judiciaire de se conformer aux dispositions des traités internationaux en vigueur en République arabe syrienne et de veiller à leur bonne application. Cette recommandation s'appuie sur les dispositions du code civil et du code de procédure civile précitées.

2°) Les traités internationaux

La Syrie est un membre fondateur des Nations Unies. Elle a, comme tous les États membres, ratifié la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948.

En outre, le site des Nations Unies répertorie la liste des conventions, élaborées sous leur égide, auxquelles la Syrie est partie.

---

[163] Décision n° 1905 /366 du 21 décembre 1980, telle que publiée dans la revue Les juristes [Al Muhamoon].

[164] « Réponses écrites du Gouvernement syrien à la liste des points à traiter à l'occasion de l'examen du rapport initial de la Syrie, présenté en application du paragraphe 1 de l'article 8 du Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant, concernant l'implication d'enfants dans les conflits armés », Comité des droits de l'homme, 46ème session, 21 août 2007, p. 2.

[165] Circulaire n° 4 - ministre de la Justice - N° 49/T/1095/2014. Issued on 19/01/2014.

Certains de ces traités prévoient une obligation, pour les États parties, d'ériger en infractions certains comportements.

La Syrie est notamment partie au Pacte international relatif aux droits civils et politiques et au Pacte relatif aux droits économiques, sociaux et culturels du 16 décembre 1966, à la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants depuis le 19 août 2004, à la Convention sur toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes depuis le 28 mars 2003, à la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale depuis le 21 avril 1969, à la Convention internationale relative aux droits de l'enfant de 1989, depuis le 15 juillet 1993 et du protocole facultatif s'y rapportant, concernant l'implication des enfants dans les conflits armés de 2000, depuis le 17 octobre 2003.

La Syrie est, par ailleurs, partie aux quatre **Conventions de Genève du 12 août 1949** sur les blessés malades et naufragés des forces armées sur terre et sur mer, sur les prisonniers de guerre et sur les personnes civiles et a adhéré à son protocole additionnel du 8 juin 1977 (I), relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux, en 1983.

Les Conventions de Genève prévoient une obligation, pour les États parties, d'ériger en infractions certains comportements.

Le protocole additionnel du 8 juin 1977, relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I), élargit la liste des infractions graves et affirme, dans son article 86, le devoir de répression des États ayant adhéré au Protocole.

L'article 49 de la Convention (I) de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne, l'article 50 de la Convention (II) de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer, l'article 129 de la Convention (III) de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre et l'article 146 de la Convention (IV) de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, ont un contenu identique :

Les Hautes Parties contractantes s'engagent à prendre toute mesure législative nécessaire pour fixer les sanctions pénales adéquates à appliquer aux personnes ayant commis, ou donné l'ordre de commettre, l'une ou l'autre des infractions graves à la présente Convention définies à l'article suivant.
Chaque Partie contractante aura l'obligation de rechercher les personnes prévenues d'avoir commis, ou d'avoir ordonné de commettre, l'une ou l'autre de ces infractions graves, et elle devra les déférer à ses propres tribunaux, quelle que soit leur nationalité. Elle pourra aussi, si elle le préfère, et selon les conditions prévues par sa propre législation, les remettre pour jugement à une autre Partie contractante intéressée à la poursuite, pour autant que cette Partie contractante ait retenu contre lesdites personnes des charges suffisantes. [...]

Selon le commentaire de l'article 49 de la Convention (I)[166], il s'agit clairement d'une obligation imposée aux États d'adopter des sanctions pénales efficaces, et pas simplement d'une obligation de proposer des lois d'application à leurs organes législatifs, au cas où leurs législations pénales seraient inadéquates[167].

De même, l'article 4 de la **Convention du 10 décembre 1984 contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants** dispose que :

Tout État partie veille à ce que tous les actes de torture constituent des infractions au regard de son droit pénal. Il en est de même de la tentative de pratiquer la torture ou de tout acte commis par n'importe quelle personne qui constitue une complicité ou une participation à l'acte de torture.

La Syrie a par ailleurs adhéré, le 25 juin 1955, à la Convention de 1948 pour la prévention et la répression du crime de génocide.

Mais elle n'apparaît pas être partie à la Convention du 26 novembre 1968 sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité.

Enfin, les **principes du droit international consacrés par le statut du tribunal de Nuremberg,** adoptés par la résolution 95 (I) de l'Assemblée générale des Nations Unies le 11 décembre 1946, font partie du droit international coutumier.

Parmi ces principes, il convient de souligner en particulier le sixième relatif aux crimes contre la paix, aux crimes de guerre et aux crimes contre l'humanité, ainsi que le septième, traitant quant à lui de la complicité.

Principe VI

Les crimes énumérés ci-après sont punis en tant que crimes de droit international.

a. crimes contre la paix :

i) Projeter, préparer, déclencher ou poursuivre une guerre d'agression ou une guerre faite en violation de traités, accords et engagements internationaux;

ii) Participer à un plan concerté ou à un complot pour l'accomplissement de l'un quelconque des actes mentionnés à l'alinéa i.

b. Crimes de guerre :

Les violations des lois et coutumes de la guerre qui comprennent, sans y être limitées, les assassinats, les mauvais traitements ou la déportation pour les travaux forcés, ou pour tout autre but, des populations civiles dans les territoires occupés, l'assassinat ou les mauvais traitements des prisonniers de guerre ou des personnes en mer, l'exécution des otages, le pillage des biens publics ou privés, la destruction perverse des villes ou villages ou la dévastation que ne justifient pas les exigences militaires.

c. Crimes contre l'humanité :

L'assassinat, l'extermination, la réduction en esclavage, la déportation ou tout autre acte inhumain commis contre toutes populations civiles, ou bien les persécutions pour des

[166] Comité international de la Croix-Rouge, Commentaire de la Première Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne, 2e édition, 2020, notamment § 2838.

[167] Il est renvoyé aux développements plus amples *infra*.

motifs politiques, raciaux ou religieux, lorsque ces actes ou persécutions sont commis à la suite d'un crime contre la paix ou d'un crime de guerre, ou en liaison avec ces crimes.

Principe VII
La complicité d'un crime contre la paix, d'un crime de guerre ou d'un crime contre l'humanité, tels qu'ils sont définis dans le principe 6, est un crime de droit international.

Dans le cadre de l'affaire Eichmann, la Cour suprême d'Israël a déclaré que la résolution 95 (I) de l'Assemblée générale montrait que les principes de Nuremberg faisaient partie intégrante du droit international coutumier[168].

Le statut de droit coutumier de ces principes a été expressément mentionné par le secrétaire général des Nations Unies en 1993[169], et confirmé par le Tribunal pénal international pour la Yougoslavie[170].

A supposer que le droit syrien n'incrimine pas les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre, des textes internationaux ou la coutume internationale permettent-ils de considérer comme remplie la condition d'incrimination par la loi syrienne de ces crimes?

Peut-on admettre que les faits soient ainsi *punis* par la législation syrienne, au sens de l'article 689-11 du code de procédure pénale, alors même que la loi nationale syrienne ne renvoie pas d'une quelconque manière à la coutume internationale en matière de répression de crimes internationaux et que les instruments internationaux ne prévoient pas de pénalités[171]?

Isabelle Fichet-Boyle et Marc Mosse[172] expliquent à ce sujet que, du point de vue des pénalistes, les dispositions internationales sont incomplètes et ne définissent pas des « infractions » au sens strict. Même si les éléments constitutifs de l'infraction peuvent y être précisément définis, seule l'adoption d'une sanction pénale attachée à chacun de ces comportements permet d'établir une infraction[173].

---

[168] État d'Israël c. Eichmann, Cour suprême d'Israël (1962) 36 ILR 277cité par A. Cassese, « Confirmation des principes de droit international reconnus par le statut du tribunal de Nuremberg », Nations Unies, 2009, p. 6.

[169] Rapport du Secrétaire général établi conformément au paragraphe 2 de la résolution 808 (1993) du Conseil de sécurité, S/25704, 3 mai 1993, § 35, cité par A. Cassese, « Confirmation des principes de droit international reconnus par le statut du tribunal de Nuremberg », Nations Unies, 2009, p. 7.

[170] Affaire Tadic, jugement et opinion, Chambre de première instance, 7 mai 1997, § 623 ; et affaire Tadic, arrêt relatif à l'appel de la Défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, Chambre d'appel, 2 octobre 1995, par. 141, cités par A. Cassese, « Confirmation des principes de droit international reconnus par le statut du tribunal de Nuremberg », Nations Unies, 2009, p. 7.

[171] Certaines conventions internationales, autres que celles précitées, encadrent néanmoins la fixation de la sanction par le législateur national.

[172] Isabelle Fichet-Boyle et Marc Mosse, « L'obligation de prendre des mesures internes nécessaires à la prévention et à la répression des infractions », *in Droit international pénal*, Editions Pédone, 2012.

[173] En ce sens, André Huet et Renée Koering-Joulin, *Droit pénal international*, PUF, coll. Thémis, 3ème édition, 2005, p. 95, selon lesquels le droit pénal international n'est pas d'applicabilité directe.

- D. 3. Le contrôle par la chambre criminelle de la loi étrangère

Traditionnellement, la chambre criminelle considérait que l'interprétation du contenu de la loi étrangère est une simple question de fait, abandonnée à l'appréciation souveraine des juges du fond.

Ainsi, a-t-elle jugé que fait une exacte application de l'article 689, alinéa 2, du code de procédure pénale, dans sa rédaction antérieure à la loi du 16 décembre 1992 applicable au 1er mars 1994, la cour d'appel qui constate que le fait poursuivi en France, commis par une française à l'étranger, est puni par la législation du pays où il a été commis, cette appréciation souveraine d'une question de fait échappant au contrôle de la Cour de cassation[174].

Dans le même sens, méconnaît les dispositions des articles 113-6, 113-7 et 113-8 du code pénal l'arrêt qui prononce une condamnation pour un délit de blanchiment en bande organisée commis à l'étranger sans constater que les faits sont punissables par la législation en vigueur dans le pays où ils ont été commis[175].

On peut s'interroger sur la compatibilité de cette solution avec le principe de légalité, fondamental en droit criminel.

- E - L'interprétation de la condition de double incrimination en matière d'extradition : une comparaison pertinente ?

Nous nous bornerons, dans le cadre de ce rapport, à évoquer les grandes lignes de la jurisprudence en matière d'extradition.

Il ne sera pas évoqué la condition de double incrimination en matière de mandat d'arrêt européen, s'agissant d'un mécanisme de coopération judiciaire se fondant sur le degré de confiance élevé qui doit exister entre les États membres et le principe de reconnaissance mutuelle, soit des notions très éloignées des raisons fondant la compétence universelle.

Texte de référence

Article 696-3 du code de procédure pénale (en vigueur depuis le 10 mars 2004)

Les faits qui peuvent donner lieu à l'extradition, qu'il s'agisse de la demander ou de l'accorder, sont les suivants :

1° **Tous les faits punis de peines criminelles par la loi de l'État requérant ;**

2° **Les faits punis de peines correctionnelles par la loi de l'État requérant, quand** le maximum de la peine d'emprisonnement encourue, aux termes de cette loi, est égal ou supérieur à deux ans, ou, s'il s'agit d'un condamné, quand la peine prononcée par la juridiction de l'État requérant est égale ou supérieure à deux mois d'emprisonnement.

174 Crim., 12 novembre 1997, pourvoi n° 94-84.452, 93-85.278, Bull. crim. 1997, n° 383.

175 Crim., 25 novembre 2015, pourvoi n° 14-84.985, Bull. crim. 2015, n° 269.

En aucun cas l'extradition n'est accordée par le gouvernement français si le fait n'est pas puni par la loi française d'une peine criminelle ou correctionnelle.
Les faits constitutifs de tentative ou de complicité sont soumis aux règles précédentes, à condition qu'ils soient punissables d'après la loi de l'État requérant et d'après celle de l'État requis.
Si la demande a pour objet plusieurs infractions commises par la personne réclamée et qui n'ont pas encore été jugées, l'extradition n'est accordée que si le maximum de la peine encourue, d'après la loi de l'État requérant, pour l'ensemble de ces infractions, est égal ou supérieur à deux ans d'emprisonnement.

On notera, pour mémoire, que les conventions internationales prévoient également une condition de double incrimination, notamment la Convention européenne d'extradition du 13 décembre 1957 (article 2).

- E. 1. L'interprétation par la chambre criminelle de la condition de double incrimination en matière d'extradition

La chambre criminelle a d'abord énoncé que la condition de double incrimination doit être réalisée au moment de la commission des faits, leur incrimination ultérieure étant indifférente.

Il est en effet nécessaire que les faits soient punissables dans les deux pays au moment des faits eux-mêmes. Tel n'était pas le cas d'une demande d'extradition sur la base du délit de trafic d'espèces animales ou végétales protégées en bande organisée, alors que l'article L. 415-6 du code de l'environnement n'a été créé que postérieurement aux faits[176].

S'agissant de l'incrimination par la loi étrangère, la chambre criminelle a jugé, par deux arrêts publiés de 2014[177] concernant des personnes suspectées de crimes contre l'humanité et génocide commis au Rwanda en 1994, que les instruments internationaux ne pouvaient pallier l'absence de prévision, par la loi rwandaise, à l'époque de la commission des faits, des éléments constitutifs des infractions et de peines. Le principe de légalité fait obstacle à ce que les faits visés par la demande d'extradition soient considérés comme punis par la loi de l'État requérant, au sens de l'article 696-3, 1°, du code de procédure pénale.

Ainsi, justifie sa décision au regard des dispositions de l'article 696-3, 1°, du code de procédure pénale et du principe de légalité criminelle, consacré par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques ainsi que la Convention européenne des droits de l'homme et ayant valeur constitutionnelle en droit français, la chambre de l'instruction qui donne un avis défavorable à une demande d'extradition visant les infractions de crime contre l'humanité et de génocide, en l'absence, à la date de commission des faits, d'une définition

[176] Crim., 14 octobre 2015, pourvoi n° 15-84.426.

[177] Crim., 26 février 2014, pourvoi n° 13-86.631, Bull. crim. 2013, n° 59 ; dans le même sens Crim., 26 février 2014, pourvoi n° 13-87.888, Bull. crim. 2014, n° 60.

précise et accessible de leurs éléments constitutifs et de la prévision d'une peine par la loi de l'État requérant, permettant de les considérer comme punis par la loi dudit État au sens de la disposition légale précitée :

> *Attendu qu'au soutien de l'avis défavorable donné à la demande émise par le gouvernement de la République du Rwanda aux fins d'extradition de M. [MN] la chambre de l'instruction retient notamment que celle-ci vise des faits commis entre avril et juillet 1994, qu'elle qualifie de crimes contre l'humanité et de génocide, qui n'ont été incriminés par la législation rwandaise que postérieurement à cette dernière date et que les autres crimes et délits de droit commun, qui auraient été commis dans la même période, sont prescrits au regard de la loi française, en l'absence d'acte interruptif antérieur au mandat d'arrêt international du 17 mai 2013 ;*
>
> *Attendu qu'en statuant ainsi, la chambre de l'instruction n'a commis aucune violation de la loi au sens de l'article 696-15 du code de procédure pénale, dès lors que,* ***les infractions de génocide et de crimes contre l'humanité auraient-elles été visées par des instruments internationaux, en l'espèce la Convention sur le génocide du 9 décembre 1948 et celle sur l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité du 26 novembre 1968, applicables à la date de la commission des faits, en l'absence, à cette même date, d'une définition précise et accessible de leurs éléments constitutifs ainsi que de la prévision d'une peine par la loi rwandaise, le principe de légalité criminelle,*** *consacré par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques ainsi que par la Convention européenne des droits de l'homme et ayant valeur constitutionnelle en droit français****, fait obstacle à ce que lesdits faits soient considérés comme punis par la loi de l'État requérant, au sens de l'article 696-3, 1°, du code de procédure pénale*** *;*

La solution de ces arrêts, qui ont fait l'objet de critiques[178], a été réaffirmée par deux arrêts non publiés[179].
Selon Didier Rebut[180], ces arrêts ne constituent pas un cas d'application de la condition de double incrimination. En effet, selon cet auteur, celle-ci ne s'applique pas à l'État requérant. Cette limitation s'expliquerait par la finalité de la condition de double incrimination, qui est de protéger la souveraineté et l'ordre public de l'État requis.

---

178 Damien Roets, « De la prétendue impossibilité d'extrader vers le Rwanda les rwandais suspectés d'avoir participé au génocide de 1994 », D. 2014, p. 702.

179 Crim., 14 octobre 2015, pourvoi n° 15-84.420 ; http://srv-cassation/Rpvjcc/Jurinet/Arret.asp?ID_ARRET=1598733Crim., 5 octobre 2016, pourvoi n° 16-84.717.

180 Didier Rebut, Droit pénal international, Précis Dalloz, 3ème édition 2019, n° 286.

Un arrêt postérieur de la chambre criminelle, en date du 24 mai 2018, relatif à des faits commis en Argentine pendant la dictature militaire[181], a énoncé : S'il appartient aux juridictions françaises, lorsqu'elles se prononcent sur une demande d'extradition, de vérifier si les faits pour lesquels elle est demandée étaient incriminés par l'État requérant au moment de leur commission, il ne leur appartient pas de vérifier si ces faits ont reçu, de la part des autorités de cet État, l'exacte qualification juridique au regard de la loi pénale de ce dernier. Justifie sa décision, en application de ce principe, la chambre de l'instruction qui donne un avis partiellement favorable à la demande d'extradition formulée par l'État argentin, d'une personne soupçonnée de crimes contre l'humanité commis pendant la dictature militaire, tels que définis par la législation argentine applicable, ces crimes pouvant être qualifiés de séquestration arbitraire aggravée selon le droit français.

> *Attendu que, pour émettre un avis partiellement favorable à l'extradition de M.[GF] demandée par la République d'Argentine, s'agissant des faits de crimes contre l'humanité qu'il aurait commis entre le 30 octobre 1976 et le 19 septembre 1979, l'arrêt retient qu'à défaut de texte dans le droit argentin réprimant cette catégorie d'infraction, la révision constitutionnelle de 1994 a introduit les instruments internationaux dans le bloc constitutionnel, que la coutume internationale tirée d'instruments internationaux tels que la Déclaration des Nations Unies pour la protection des personnes contre les disparitions forcées, la Convention interaméricaine sur la disparition forcée de personnes et le Statut de la Cour Pénale Internationale du 18 juillet 1998 autorise la répression de tels crimes, que la Cour Suprême de Justice de la Nation Argentine a reconnu, dans un arrêt du 2 novembre 1995, que la Convention sur l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité reprenait une règle déjà en vigueur en fonction du droit international public basé sur la coutume, et en conséquence, d'application obligatoire par l'État argentin, que la jurisprudence argentine a donné la qualification de crimes contre l'humanité aux actes commis pendant la dernière dictature militaire ; que les juges ajoutent qu'il n'appartient pas aux autorités françaises, lorsqu'elles se prononcent sur une demande d'extradition, de vérifier si les faits pour lesquels l'extradition est demandée ont reçu, de la part des autorités de l'État requérant, une qualification juridique exacte au regard de la loi pénale de cet État ;*
>
> *Attendu qu'en l'état de ces motifs, la chambre de l'instruction a justifié sa décision;*
>
> *Qu'en effet, s'il appartient aux juridictions françaises, lorsqu'elles se prononcent sur une demande d'extradition, de vérifier si les faits pour lesquels l'extradition est demandée étaient incriminés par l'État requérant au moment de leur commission, il ne leur appartient pas de vérifier si ces faits ont reçu, de la part des autorités de cet État, une exacte qualification juridique au regard de la loi pénale de ce dernier ;*

181 Crim., 24 mai 2018, pourvoi n° 17-86.340, Bull. crim. 2018, n° 102.

Il ressort de la motivation de l'arrêt attaqué que l'Argentine ne connaissait pas l'incrimination de crime contre l'humanité dans sa législation applicable au moment des faits, et que ce n'est qu'en 1994 que les instruments internationaux ont été insérés dans son bloc constitutionnel.

Cet arrêt marque donc un net infléchissement de la jurisprudence de la chambre criminelle, par rapport aux arrêts de 2014 concernant le Rwanda.

Selon Pascal Beauvais[182], la chambre criminelle, par cet arrêt, *se rapproche de sa jurisprudence traditionnelle sur la condition de double incrimination : il ne s'agit pas de regarder in abstracto le droit des deux États concernés, et de s'assurer de l'existence d'une similitude d'incriminations légales, mais de regarder in concreto les faits bruts et de s'assurer qu'ils sont bien punissables dans les deux États.*

S'agissant de l'incrimination par la loi française, la chambre criminelle a énoncé qu'il appartient aux juridictions françaises de rechercher si les faits visés dans la demande d'extradition sont punis par la loi française d'une peine criminelle ou correctionnelle, indépendamment de la qualification donnée par l'État requérant[183]. Ainsi, si l'émission de chèques sans provision n'est pas incriminée par le droit français, des faits d'émission de chèques de garantie sans provision, commis dans certaines circonstances, peuvent constituer le délit d'escroquerie.

Toutefois, une chambre de l'instruction ne saurait émettre un avis favorable à l'extradition pour des faits qui ne constituent pas une infraction en droit français, tels que les paiements préférentiels effectués par un débiteur[184] ou des faits d'omission, par une personne en liberté, de se conformer à la condition d'une promesse ou d'un engagement contracté devant un juge[185].

Il se déduit de l'arrêt du 24 mai 2018, précité, relatif aux faits commis en Argentine pendant la dictature militaire, dans le courant des années 1976 à 1979, et donc avant l'incrimination par le code pénal français des crimes contre l'humanité, **que la condition de double incrimination n'impose pas que les faits à raison desquels l'extradition est demandée relèvent, en droit français, d'une qualification identique de crimes contre l'humanité.**

---

[182] Pascal Beauvais, « Les paradoxes de la compétence universelle de la France pour juger les crimes contre l'humanité », *RSC* 2022. *41*, 15 avril 2022.

[183] Crim., 21 mars 2017, pourvoi n° 16-87.722, Bull. crim. 2017, n° 75.

184 Crim., 16 mars 2021, pourvoi n° 20-82.296.

185 Crim., 19 juin 2019, pourvoi n° 19-80.182, Bull. crim 2019, n° 127.

Dans le même sens, il résulte d'un arrêt de 2016[186] que **la condition de double incrimination de faits qualifiés de crimes contre l'humanité par l'État étranger requérant est remplie dans la législation nationale au travers d'infractions de droit commun, en particulier le crime d'assassinat**.

Par ailleurs, selon **le Conseil d'État,** qui exerce également un contrôle en matière d'extradition, le respect du principe de la double incrimination par la législation de l'État requérant et par celle de l'État requis n'implique pas que la qualification pénale des faits soit identique dans ces deux législations, mais requiert seulement qu'ils soient incriminés par l'une et l'autre et satisfassent aux pénalités encourues[187].

Ainsi, il résulte des principes généraux du droit de l'extradition qu'il n'appartient pas aux autorités françaises, lorsqu'elles se prononcent sur une demande d'extradition, de vérifier si les faits pour lesquels l'extradition est demandée ont reçu, de la part des autorités de l'État requérant, une exacte qualification juridique au regard de la loi pénale de cet État. Il leur appartient, en revanche, de vérifier qu'est respecté le principe, énoncé au paragraphe 1 de l'article 2 de la convention européenne d'extradition, de la double incrimination par la législation de l'État requérant et par celle de l'État requis qui, s'il n'implique pas que la qualification pénale des faits soit identique dans ces deux législations, requiert que les faits soient incriminés par l'une et l'autre et satisfassent à la condition relative aux peines encourues[188].

On peut souligner que, dans cette espèce, le Conseil d'État a retenu que les crimes contre l'humanité étaient définis à la date de leur commission en vertu des principes généraux du droit international, auxquels renvoyait le droit pénal de l'État requérant :

> *5. Considérant qu'il ressort des pièces du dossier que l'extradition de M. B... a été demandée par les autorités bosniennes à des fins de poursuite à raison de faits commis en juin 1992, en se fondant sur l'article 172 du code pénal de la République de Bosnie-Herzégovine, entré en vigueur le 1er mars 2003, lequel incrimine le crime contre l'humanité ; que l'intéressé fait valoir que le décret qui a accordé son extradition sur cette demande méconnaîtrait le principe de non-rétroactivité de la loi pénale ;*
>
> *6. Considérant, toutefois, qu'il ressort des compléments d'information présentés par les autorités bosniennes en réponse aux demandes de la chambre de l'instruction de la cour d'appel de Paris que si l'article 4 du code pénal de Bosnie-Herzégovine énonce que la loi applicable à*

186 Crim., 12 juillet 2016, pourvoi n° 16-82.664.

187 Conseil d'État, 2eme et 7eme sous-sections réunies, 27 juillet 2005, n° 272098, mentionné aux tables du recueil Lebon.

188 Conseil d'État, 2ème - 7ème chambres réunies, 18 juin 2018, n° 415046, Publié au recueil Lebon.

l'infraction est celle en vigueur au moment de la commission de l'infraction, l'article 4 a) du même code prévoit que cette règle ne fait pas obstacle à ce que soit poursuivie et condamnée une personne ayant commis des actes qui, au moment de leur commission, constituaient des infractions conformément aux principes généraux du droit international ;

7. Considérant, à cet égard, que, ainsi que l'ont indiqué les autorités de l'État requérant, la définition des crimes contre l'humanité avait été fixée par l'article 6, paragraphe c), du statut du Tribunal militaire international de Nuremberg adopté par l'accord de Londres du 8 août 1945 et reprise dans les principes du droit international consacrés par le Tribunal de Nuremberg, qu'avait confirmés la résolution n° 95 (I) du 11 décembre 1946 de l'Assemblée générale de l'Organisation des Nations Unies et qui avaient été formulés, sur la base de cette résolution, par la Commission du droit international ; que la convention du 26 novembre 1968 sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité, à laquelle la République fédérative socialiste de Yougoslavie était partie, renvoyait à cette définition ; qu'ainsi, les crimes contre l'humanité étaient, à la date des faits reprochés à M.B..., définis de façon suffisamment accessible et prévisible comme des crimes de droit international ; que ces faits entrent d'ailleurs dans le champ de la définition des crimes contre l'humanité figurant à l'article 5 du statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie annexé à la résolution 827 du Conseil de sécurité des Nations Unies du 25 mai 1993 ;

8. Considérant, par suite, que l'extradition de M.B..., demandée aux fins de poursuivre ***des faits qualifiés de crimes contre l'humanité, qui étaient définis à la date de leur commission en vertu des principes généraux du droit international auxquels renvoie le droit pénal de l'État requérant****, ne peut être regardée comme ayant été accordée en méconnaissance du principe de non-rétroactivité de la loi pénale imposé par l'ordre public français ;*

M. Guillaume Odinet, rapporteur public, qui soutenait dans ses conclusions que *le droit bosnien permet expressément la répression d'infractions sur la base du droit pénal international,* se prévalait de l'analyse de l'arrêt rendu par la chambre criminelle le 24 mai 2018, précité, relatif aux faits commis en Argentine pendant la dictature militaire.

E. 2. Une comparaison pertinente avec la condition de double incrimination de l'article 689-11 du code de procédure pénale ?

A supposer acquis que l'interprétation par la chambre criminelle de la condition de double incrimination en matière extraditionnelle soit plus souple que celle énoncée par l'arrêt du 24 novembre 2021 relativement aux dispositions de l'article 689-11 du code de procédure pénale, on peut s'interroger sur les raisons qui justifieraient que la condition de double incrimination soit entendue de manière distincte, ou au contraire, identique.

On peut d'abord souligner l'identité des termes des articles 696-3 (extradition) et 689-11 (compétence universelle) du code de procédure pénale, qui tous deux requièrent que les *faits* soient *punis*.

L'étude des travaux parlementaires ne révèle pas une référence faite par le législateur de 2010 à l'interprétation de la notion de double incrimination en droit extraditionnel, que ce soit pour s'aligner sur cette interprétation, ou au contraire s'en écarter.

En doctrine, si les auteurs s'accordent sur le fait que le fondement des deux textes est différent, ils sont divisés sur la pertinence de la comparaison.

Pour Didier Rebut, la comparaison avec l'extradition n'est pas pertinente, dans la mesure où la condition de double incrimination y a un fondement différent. Ce fondement réside dans le principe de réciprocité, qui régit les relations entre États et vise à garantir que l'extradition ne soit pas accordée sans pouvoir en escompter la réciprocité, ce qui serait contraire au principe d'égalité des États. C'est pourquoi l'application de la condition de double incrimination peut être seulement substantielle, le juge se bornant à vérifier que les faits visés par la demande de l'État étranger correspondent à une infraction quelconque du droit pénal français.
Par contre, la compétence universelle ne participe pas d'une coopération pénale avec un autre État.
Il ajoute que *la condition de double incrimination prévue par l'article 689-11 du Code de procédure pénale s'apprécie par rapport au droit étranger alors que celle de l'extradition est envisagée par rapport au droit français, ce qui confirme leur différence*[189].

Selon Kevin Mariat [190], *la compétence universelle repose cependant sur un présupposé inverse à celui de l'extradition. Alors que l'extradition est un arrangement entre États souverains négociant diplomatiquement l'exercice du droit de punir, la compétence universelle est un pis-aller pour permettre, dans des cas particulièrement graves, que justice soit faite alors qu'aucun État concerné ne souhaite, a priori, exercer son droit de punir. Il en découle que la référence au droit du pays de commission des faits n'a pas grand intérêt puisqu'il s'agit, en particulier dans le cas de l'article 689-11, de crimes supranationaux dont le caractère universel de la valeur protégée « s'impose » aux États, qui agissent alors dans l'intérêt de la communauté internationale et en protection d'un bien juridique universel.*

[189] Didier Rebut, « Crimes et délits - Absence de compétence universelle française pour juger les crimes contre l'humanité commis en Syrie ? », *La Semaine Juridique Edition Générale n° 2*, 17 Janvier 2022, 66.

[190] Kevin Mariat, « La compétence universelle peut attendre », *AJ pénal* 2022. 80, 1 mars 2022.

Pascal Beauvais, quant à lui, dans la note précitée, soutient que : *Si la condition de double incrimination a des fondements différents dans la coopération pénale internationale et dans la compétence universelle, elle joue néanmoins des rôles voisins qui justifient de comparer leurs régimes. En effet, poursuivre et juger une personne en vertu de la compétence universelle constitue une forme de coordination pénale qui représente une alternative aux mécanismes classiques de la coopération judiciaire tels que l'extradition. Dans les deux cas, la règle de la double incrimination impose un minimum d'interdits pénaux partagés entre les États concernés. Toutefois, cette exigence d'un « langage pénal en commun » semble a priori moins nécessaire dans le cadre de la compétence universelle que dans celui de l'extradition. L'universalité du droit de punir est en effet un mécanisme d'attribution d'une compétence extraterritoriale qui trouve justement sa raison d'être dans les défaillances de l'État où les faits ont été commis. Ce sont les lacunes législatives et judiciaires de ces États fragiles, terrains des crimes les plus graves, qui justifient l'octroi d'une compétence subsidiaire de poursuivre et de juger à l'État où le suspect est arrêté. Il est donc paradoxal d'exiger de ceux-ci, en vertu d'une application rigoureuse de la condition de double incrimination, l'existence d'une législation complète sur les crimes contre l'humanité alors que la compétence universelle a justement pour fonction de pallier leurs déficiences juridiques. Une telle interprétation stricte se justifie d'autant moins que la condition de double incrimination de la compétence universelle n'a jamais été imposée par le droit international - alors qu'en matière de coopération pénale, elle en constitue une règle centrale.*

F - L'article 689-11 du code de procédure pénale, tel qu'interprété par l'arrêt de la chambre criminelle, est-il contraire aux engagements internationaux de la France ?

- F.1. Une obligation pour le législateur national d'établir sa compétence universelle ?

Résulte-t-il d'un instrument international, de la coutume ou d'une jurisprudence émanant d'une juridiction internationale, l'obligation pour la France de prévoir la compétence universelle de ses juridictions répressives pour la poursuite des crimes internationaux, et notamment des crimes contre l'humanité ?

Une telle obligation, à la supposer établie, s'impose-t-elle sans que le législateur national puisse en fixer les conditions ?

L'article 55 de la Constitution dispose :
Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie.
En vertu de l'article 55 de la Constitution du 4 octobre 1958, les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois. Les dispositions de tels traités ou accords

doivent être par suite appliqués d'office, le cas échéant, par les juridictions françaises[191].

Le Conseil constitutionnel, dans sa décision n° 2010-612 DC du 5 août 2010 relative à la loi portant adaptation du droit pénal à l'institution de la Cour pénale internationale, a énoncé que le contrôle de la conformité de la loi à la Convention portant statut de la Cour pénale internationale, signée à Rome le 18 juillet 1998, relevait des juridictions administratives et judiciaires :

> *4. Considérant, en premier lieu, qu'aux termes de l'article 55 de la Constitution: « Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie » ; que, si ces dispositions confèrent aux traités, dans les conditions qu'elles définissent, une autorité supérieure à celle des lois, elles ne prescrivent ni n'impliquent que le respect de ce principe doive être assuré dans le cadre du contrôle de la conformité des lois à la Constitution ; qu'il en est de même de l'article 53-2 de la Constitution qui dispose que « la République peut reconnaître la juridiction de la Cour pénale internationale dans les conditions prévues par le traité signé le 18 juillet 1998 »;*
>
> *5. Considérant que, dans ces conditions et nonobstant la mention de la convention portant statut de la Cour pénale internationale dans la Constitution, il ne revient pas au Conseil constitutionnel, saisi en application de l'article 61, de contrôler la compatibilité de la loi déférée avec cette convention ; qu'un tel contrôle incombe aux juridictions administratives et judiciaires ;*

Il est généralement admis que la Convention de Rome du 18 juillet 1998, portant statut de la Cour pénale internationale, n'impose pas aux États de poursuivre directement les auteurs des crimes internationaux.

Ainsi, Hervé Ascensio[192] note : *Si l'on en vient maintenant à la question de la compétence universelle, force est de constater que la problématique de la fidélité au Statut de Rome n'est plus appropriée, car aucune disposition du Statut ne porte sur le sujet. Il faut donc revenir sur les motifs ayant conduit le législateur à ajouter un article 689-11 au Code de procédure pénale, c'est-à-dire à étendre la compétence des juridictions répressives françaises au-delà du droit commun, avant d'étudier les conditions fort strictes qui ont été posées*.

De même, selon Christine Lazerges[193] : *Même si, contrairement au droit international humanitaire, le Statut de Rome ne demande pas expressément aux États parties d'inscrire dans leur droit la compétence universelle de leurs*

---

[191] Crim., 18 février 1971, n° 66-93.873, Bull. crim., n° 57.

[192] Hervé Ascensio, « Une entrée mesurée dans la modernité du droit international pénal - À propos de la loi du 9 août 2010 », *JCP éd. Générale n° 37*, 13 septembre 2010, doctr. 910.

[193] Christine Lazerges, « La Cour pénale internationale doit redevenir une priorité de la France », *JCP éd. Générale n° 52* - n° hors-série, 24 décembre 2012.

tribunaux nationaux pour les crimes qu'il incrimine, le principe de complémentarité les appelle à se mettre en capacité de poursuivre les personnes soupçonnées d'avoir commis ces crimes lorsqu'elles se trouvent sur leur territoire.

En effet, si les articles 86 et suivants du Statut prévoient des obligations en matière de coopération, aucun article n'institue d'obligation pour les États d'établir un mécanisme de compétence universelle pour juger les auteurs des crimes internationaux.

Il résulte clairement des débats parlementaires que telle était l'analyse du législateur de 2010, comme déjà indiqué.

La chambre criminelle a jugé, dans un arrêt de 2011[194], **que l'article 689-11 du code de procédure pénale respecte le Statut de la Cour pénale internationale**, en réponse à un moyen contestant la conventionnalité du principe de subsidiarité.

> *Attendu que, pour ordonner la remise de M. M. à la Cour pénale internationale, l'arrêt retient qu'il n'y a pas d'erreur évidente sur la personne, que l'ensemble des pièces transmises par la Cour répond aux prévisions des articles 89, 91 et 92 du Statut et 627-7 du code de procédure pénale et que les juridictions françaises ne sont pas compétentes pour le juger, la poursuite ne pouvant, en application de l'article 689-11 du code de procédure pénale, être exercée dans de tels cas en France que par le ministère public si aucune juridiction internationale ou nationale ne demande la remise ou l'extradition de la personne; que les juges ajoutent qu'il ne leur appartient pas de rechercher si des poursuites pour de mêmes faits sont actuellement diligentées en Allemagne et qu'il convient de s'assurer que M. M. ne sera en aucun cas expulsé, refoulé ou extradé vers le Rwanda ;*
>
> *Attendu qu'en l'état de ces énonciations, la chambre de l'instruction a justifié sa décision ;*
>
> *Que, d'une part, la remise à la Cour pénale internationale de la personne demandée est subordonnée par l'article 627-8 du code de procédure pénale au seul constat qu'il n'y a pas d'erreur évidente sur celle-ci et la condition de non-remise fixée par la chambre de l'instruction est conforme aux articles 185-1 et 214-4 du Règlement de procédure et de preuve de la Cour pénale internationale, et que d'autre part, l'article 689-11 du code de procédure pénale respecte le Statut de la Cour pénale internationale ;*

Par ailleurs, **les principes du droit international consacrés par le statut du tribunal de Nuremberg**, adoptés par la résolution 95 (I) de l'Assemblée

[194] Crim., 4 janvier 2011, pourvoi n° 10-87.760, Bull. crim. 2011, n° 2.

générale des Nations Unies le 11 décembre 1946, s'ils n'ont pas été signés ni ratifiés par les États, sont considérés comme relevant du droit coutumier[195].

S'agissant des dispositions de **la Convention européenne des droits de l'homme**, la Cour européenne des droits de l'homme a pu juger que la compétence universelle pour torture ne saurait être empêchée par une loi d'amnistie[196].
Elle a précisé[197] que *le droit international tend de plus en plus à considérer ces amnisties comme inacceptables car incompatibles avec l'obligation universellement reconnue pour les États de poursuivre et de punir les auteurs de violations graves des droits fondamentaux de l'homme.*

Le Guide sur l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme (Pas de peine sans loi : principe de légalité des délits et des peines)[198] expose :

34. Lorsqu'une condamnation a comme seul fondement le droit international ou lorsqu'elle renvoie aux principes du droit international, la Cour examine la prévisibilité de la condamnation à la lumière des règles du droit international applicables à l'époque pertinente, y compris le droit international conventionnel (par exemple, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques s'agissant de la RDA dans Streletz, Kessler et Krenz c. Allemagne [GC], 2001, §§90-10 ; ou la Convention de 1948 pour la prévention et la répression du crime de génocide s'agissant de l'Allemagne dans Jorgic c. Allemagne, 2007, §106) et/ou le droit coutumier (voir la définition de génocide donnée par le droit international coutumier en 1953 dans Vasiliauskas c. Lituanie [GC], 2015, §§171-175; les lois et coutumes de la guerre en 1944 dans Kononov c. Lettonie [GC], 2010, §§205-227; le droit international coutumier interdisant l'utilisation du gaz moutarde dans les conflits internationaux dans Van Anraat c. Pays-Bas (déc.), 2006, §§86-97).

S'agissant du cas particulier de la compétence universelle d'un État et de la législation nationale applicable, il est indiqué :

46. Une condamnation par les juridictions nationales d'un État sur la base de la loi nationale de cet État peut concerner des actes commis par l'intéressé dans un autre État (Jorgic c. Allemagne, 2007; Van Anraat c. Pays-Bas (déc.), 2006). La question de la compétence extraterritoriale ou universelle des juridictions nationales d'un État ne relève pas de l'article 7 (Ould Dah c. France (déc.), 2009), mais du droit à un tribunal établi par la loi consacré à l'article 6 §1 et de l'article 5 §1 a) de la Convention (« détention régulière après condamnation par un tribunal compétent ») (Jorgic c. Allemagne, 2007, §§64-72, concernant une condamnation pour actes de génocide commis en Bosnie-Herzégovine).

---

195 Il est renvoyé aux développements *supra*, relatifs au droit syrien.

196 notamment CEDH, 17 mars 2009, Ould Dah c. France, n° 13113/03, décision d'irrecevabilité.

197 CEDH, 27 mai 2014, Margus c. Croatie, n° 4455/10, § 139.

198 Mis à jour au 31 août 2022.

47. Toutefois, **lorsque les juridictions nationales d'un État prononcent une condamnation en vertu de la compétence universelle, l'application de la loi nationale au détriment de la loi de l'État où les actes ont été commis peut être examinée sous l'angle de l'article 7**. Ainsi, par exemple, dans une affaire où était en cause la condamnation d'un officier mauritanien par les juridictions françaises pour des actes de torture et barbarie commis en Mauritanie (sur la base de la Convention des Nations Unies contre la torture), la Cour a estimé que l'application de la loi pénale française au détriment d'une loi d'amnistie mauritanienne (intervenue avant toute poursuite pénale) n'était pas incompatible avec le principe de légalité (Ould Dah c. France (déc.), 2009). À cet égard, elle a considéré que « l'impérieuse nécessité de l'interdiction de la torture et de la poursuite éventuelle des personnes qui enfreignent cette règle universelle, ainsi que l'exercice par un État signataire de la compétence universelle prévue par la Convention des Nations unies contre la torture, seraient vidés de leur substance s'il fallait retenir seulement la compétence juridictionnelle de cet État, sans pour autant admettre l'applicabilité de la législation pertinente dudit État. À n'en pas douter, écarter cette législation au profit de décisions ou de lois de circonstance adoptées par l'État du lieu des infractions, agissant pour protéger ses propres ressortissants ou, le cas échéant, sous l'influence directe ou indirecte des auteurs de ces infractions, en vue de les disculper, conduirait à paralyser tout exercice de la compétence universelle, et réduirait à néant le but poursuivi par la Convention contre la torture ». La Cour a rappelé en effet que l'interdiction de la torture occupe une place primordiale dans tous les instruments internationaux relatifs à la protection des droits de l'homme et consacre l'une des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques.

La Cour a jugé le tribunal, « établi par la loi », au sens de l'article 6 § 1 de la Convention, dans le cas d'une juridiction allemande jugeant une personne pour des faits de génocide commis en Bosnie-Herzégovine[199].
Elle rappelle ainsi les principes pertinents :

64. La Cour considère que cette affaire relève principalement de l'article 6 § 1 de la Convention en ce qu'elle pose la question de savoir si le requérant a été entendu par un « tribunal établi par la loi ». La Cour rappelle que cette expression reflète le principe de l'état de droit, inhérent à tout le système de protection établi par la Convention et ses Protocoles. La « loi » visée par l'article 6 § 1 comprend en particulier la législation relative à l'établissement et à la compétence des organes judiciaires (voir, notamment, Lavents c. Lettonie, no 58442/00, § 114, 28 novembre 2002). En conséquence, ***si au regard du droit interne un tribunal n'est pas compétent pour juger un accusé, il n'est pas « établi par la loi » au sens de l'article 6 § 1*** *(comparer Coëme et autres c. Belgique, nos 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 et 33210/96, §§ 99 et 107-108, CEDH 2000-VII).*

65. La Cour rappelle par ailleurs qu'en principe la violation par un tribunal des dites dispositions légales internes sur l'établissement et la compétence des

[199] Jorgic c. Allemagne, 2007, §§ 66-71.

organes judiciaires emporte violation de l'article 6 § 1. Elle en conclut qu'elle est compétente pour vérifier le respect du droit national à cet égard. Cependant, compte tenu du principe général selon lequel il revient en premier lieu aux juridictions nationales d'interpréter les dispositions du droit interne, elle estime que, sauf violation flagrante de celles-ci, elle ne peut mettre en doute leur interprétation (voir, mutatis mutandis, Coëme et autres, précité, § 98 in fine, et Lavents, précité, § 114). A cet égard, la Cour rappelle également que l'article 6 ne donne pas à l'accusé le droit de choisir la juridiction qui le jugera. La tâche de la Cour se limite donc à examiner le point de savoir s'il existait des motifs raisonnables justifiant que les autorités de l'État mis en cause se déclarent compétentes pour connaître de l'affaire (voir, notamment, G. c. Suisse, no 16875/90, décision de la Commission du 10 octobre 1990, non publiée, et Kübli c. Suisse, no 17495/90, décision de la Commission du 2 décembre 1992, non publiée).

La Convention européenne des droits de l'homme et ses protocoles ne semblent pas avoir édicté des dispositions faisant obligation à un État d'établir sa compétence pour connaître des crimes commis, en dehors de son territoire, par des étrangers sur des étrangers.

La chambre criminelle a énoncé que les stipulations des articles 6 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme ne sauraient s'interpréter comme étant de nature à remettre en cause les règles relatives à la compétence internationale des lois et juridictions pénales françaises[200] :

> *Sur le moyen unique de cassation, pris de la violation des articles 55 de la Constitution, 113-7 du Code pénal, 2, 3, 591, 593, 689 et 693 du Code de procédure pénale, 6, 13 et 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, défaut de motifs, manque de base légale :*
>
> *"en ce que l'arrêt attaqué a confirmé l'ordonnance de refus d'informer prononcée pour incompétence des juridictions françaises ;*
>
> *"aux motifs que l'assassinat du président de la République du Niger, de nationalité nigérienne, a été commis hors du territoire de la République française, par un ou des auteurs étrangers de sorte que la loi pénale française n'est pas applicable, la victime étant dépourvue de la nationalité française, sa femme et ses enfants, parties civiles, n'ayant pas la qualité de victime, au sens de l'article 113-7 du Code pénal ; qu'en outre, les articles 6 et 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales n'attribuent aucune compétence universelle aux juridictions françaises pour connaître des faits ;*
>
> *"1°) alors que les articles 6 et 14 de la Convention susvisée garantissent le justiciable contre toute discrimination liée à l'origine nationale ; qu'en*

[200] Crim., 31 janvier 2001, pourvoi n° 00-82.984, Bull. crim. 2001, n° 31.

donnant une interprétation de la loi interne permettant aux ayants droits français et résidents en France de se constituer partie civile à la suite d'un crime commis à l'étranger par un étranger contre une personne de nationalité française tandis que ce droit est refusé si la victime immédiate est de nationalité étrangère, la chambre d'accusation a méconnu la Convention susvisée ;
(...)

Attendu qu'il résulte de l'arrêt attaqué et des pièces de la procédure que X..., veuve Y..., de nationalité française, agissant tant en son nom personnel qu'en sa qualité d'administratrice légale de ses quatre enfants mineurs, également de nationalité française, a déposé plainte avec constitution de partie civile contre D.. Z..., chef de l'État du Niger, et tous autres, pour assassinat, en exposant les circonstances du décès de son époux, I… Y..., de nationalité étrangère, survenu le 9 avril 1999 dans le même pays, dont il était alors Président de la République ;

Attendu que, pour confirmer l'ordonnance de refus d'informer rendue par le juge d'instruction, la chambre d'accusation se prononce par les motifs partiellement repris au moyen ;

Attendu qu'en se déterminant ainsi, la chambre d'accusation a fait l'exacte application de la loi dès lors que, d'une part, seule la qualité de Français de la victime directe de l'infraction commise à l'étranger attribue compétence aux lois et juridictions françaises sur le fondement des articles 113-7 du Code pénal et 689 du Code de procédure pénale, et que, d'autre part, les stipulations des articles 6 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme ne sauraient s'interpréter comme étant de nature à remettre en cause les règles relatives à la compétence internationale des lois et juridictions pénales françaises ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

S’agissant des **Conventions de Genève**[201], selon le commentaire de l'article 49 de la Convention (I)[202], outre le fait de s’assurer que les infractions graves énumérées par les Conventions de Genève sont bien couvertes par la législation pénale nationale, la législation de mise en œuvre doit aussi établir la compétence de ses juridictions pour la poursuite de toutes ces infractions graves. Comme le prescrit l’alinéa 2 de l’article 49, les États parties doivent être en mesure de poursuivre toutes les personnes qui ont commis ou qui ont reçu l’ordre de commettre des infractions graves, quelle que soit leur nationalité. Dès lors, il est généralement reconnu que, **pour les infractions graves et**

[201] précitées dans les développements relatifs au droit syrien.

[202] Comité international de la Croix-Rouge, Commentaire de la Première Convention de Genève pour l’amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne, 2e édition, 2020, notamment § 2838.

parallèlement aux autres compétences pénales, la compétence universelle doit être prévue par les législations nationales de mise en œuvre. Il est impératif que les États parties instituent la compétence universelle de leurs juridictions.

Mais, selon les paragraphes 2903 à 2905 du même commentaire, le régime des infractions graves semble réservé aux crimes de guerre commis dans les seuls conflits armés internationaux.

En d'autres termes, **le régime des infractions graves, qui oblige les États à poursuivre ou à extrader des auteurs présumés, n'a pas été étendu aux crimes de guerre commis dans des conflits armés non internationaux**.

Or, la guerre civile en Syrie est un conflit armé non international, comme n'opposant pas deux États.

S'agissant des crimes contre l'humanité, l'obligation d'extrader ou de poursuivre est prévue par la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées[203], qui constituent un crime contre l'humanité en vertu de l'article 7-1-i du Statut de Rome.

De même, l'article 5 de la Convention contre la torture prévoit l'obligation pour tout État partie d'instituer sa compétence universelle, dans le cas où l'auteur présumé se trouve sur un territoire sous sa juridiction et où ledit État ne l'extrade pas.

S'il peut être envisagé que l'obligation d'extrader ou de poursuivre, en ce qui concerne les crimes contre l'humanité, relève du droit international coutumier, aucune juridiction internationale ne s'est cependant prononcée sur ce point, dans un sens ou un autre, pas plus que la Commission du droit international dans le cadre de ses travaux sur ce sujet[204].

En tout état de cause, le droit français incrimine les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre et prévoit la compétence universelle des juridictions françaises pour en connaître. Ce qui est discuté est la rigueur de la condition de double incrimination.

En droit international, la fixation de la compétence répressive est unilatérale car elle est un attribut de la souveraineté des États[205]. Les États

[203] Article 11, § 1 de la Convention.

[204] Voir rapport final de la CDI sur l'obligation d'extrader ou de poursuivre (aut dedere aut judicare), in Ann. CDI, 2014, vol. II(2).

[205] Cf. Cour permanente de justice internationale, 7 septembre 1927 (Recueil des arrêts, série A, n°10) ; Affaire du Lotus ; arrêt p.18.

délimitent ainsi eux-mêmes le champ d'application de leur loi pénale dans l'espace[206], cette délimitation pouvant être qualifiée de quasi discrétionnaire[207].

F. 2. Un texte - ou une interprétation - en harmonie avec le droit international ?

A supposer que le législateur national ne soit pas obligé d'établir sa compétence universelle, ou à tout le moins, soit libre d'en fixer les conditions, l'interprétation et **l'application du principe *ne bis in idem* par la Cour pénale internationale** peut éclairer le débat.

Le principe *ne bis in idem* se trouve consacré dans de nombreux textes internationaux, en particulier par l'article 14, paragraphe 7, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966 : Nul ne peut être poursuivi ou puni en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné par un jugement définitif conformément à la loi et à la procédure de chaque pays.

Dans le même sens, l'article 17 du Statut de Rome relatif aux questions de recevabilité prévoit qu'une affaire est jugée irrecevable par la Cour lorsque [...] c) La personne concernée a déjà été jugée pour le comportement faisant l'objet de la plainte, et qu'elle ne peut être jugée par la Cour en vertu de l'article 20, paragraphe 3.
La Cour pénale internationale a développé dans sa jurisprudence un test, dit de la même personne et du même comportement (« *same person/same conduct test »)*[208].
En ce qui concerne l'appréciation de la notion de « même comportement », dans les affaires kenyanes[209], la chambre d'appel a considéré que :

> *Traduction libre : Les articles 17-1-c et 20-3 indiquent que la Cour ne peut juger une personne qui a été jugée par une juridiction nationale pour le même comportement, à moins que les conditions posées par les alinéas a) ou b) de l'article 20-3 ne soient remplies. Par conséquent, les éléments qui permettent de définir une affaire concrète devant la Cour sont la personne visée et le comportement allégué. Il s'ensuit que pour qu'une*

---

[206] Didier Rebut, *Droit pénal international*, Dalloz 2019, n° 30.

[207] Michel Massé et Layal Abou Daher, « Les conflits de compétence entre juridictions nationales » *in Droit international pénal*, Editions Pédone, 2012.

[208] Voir chambre préliminaire, décision du 24 février 2006, The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, « Decision concerning Pre-Trial Chamber I's Decision of 10 February 2006 and the Incorporation of Documents into the Record of the Case against Mr Thomas Lubanga Dyilo », ICC-01/04-01/06-8-Corr, § 31.

[209] Arrêt de la chambre d'appel du 30 août 2011 relatif à l'appel interjeté par la République du Kenya contre la Décision relative à l'exception l'irrecevabilité de l'affaire soulevée par le Gouvernement kenyan en vertu de l'article 19-2-b du Statut rendue par la Chambre préliminaire II le 30 mai 2011 (ICC-01/09-01/11 OA), § 39.

affaire soit irrecevable au sens de l'article 17-1-a, l'enquête menée au niveau national doit viser la même personne et ***essentiellement le même comportement***[210] *que la procédure engagée devant la Cour.*

Au soutien de son interprétation, la chambre d'appel rappelle également les termes de l'article 90-1 du Statut, qui énonce la procédure à suivre si un État reçoit une requête de la part de la Cour aux fins de remise d'une personne et une requête concurrente d'un autre État aux fins *d'extradition de la même personne pour le même comportement, qui constitue la base du crime pour lequel la Cour demande la remise de cette personne*.

Dans le même sens, dans l'affaire Le Procureur c. Saif Al-[W] Gaddaffi[211], la chambre préliminaire de la Cour pénale internationale a jugé que :

Traduction libre : 85. La Chambre est d'avis que ***l'appréciation des procédures nationales doit se concentrer sur le comportement allégué et non sur sa qualification juridique. La question de savoir si les enquêtes nationales sont menées dans le but de poursuivre des 'crimes internationaux' n'est pas déterminante pour une contestation de la recevabilité****.*

86. La Chambre note que le Statut ne fait pas de distinction entre les crimes ordinaires et les crimes internationaux. L'article 20-3 du Statut autorise une contestation ne bis in idem réussie lorsqu'une personne a été jugée par une autre juridiction pour un comportement également proscrit par les articles 6, 7, 8 ou 8 bis'. [...]

88. Il s'ensuit qu'une enquête ou des poursuites nationales pour des 'crimes ordinaires', dans la mesure où l'affaire porte sur le même comportement, doivent être considérées comme suffisantes [...] ».

Cette décision a été confirmée par la chambre d'appel de la Cour pénale internationale dans un arrêt en date du 21 mai 2014.

Toujours dans le cadre des affaires lybiennes, la chambre préliminaire a énoncé : *(i) […] it must be demonstrated that : […] b) the conduct that is subject to the national investigation is substantially the same conduct that is alleged in the proceedings before the Court*[212], ce qui peut se traduire ainsi : *(i) [...] il doit être démontré que : [...] b) le comportement qui fait l'objet de l'enquête nationale est* ***en substance*** *le même que celui qui est allégué dans la procédure devant la Cour.*

---

[210] Souligné par le rapporteur.

[211] Decision on the admissibility of the case against Saif Al-Islam Gaddafi, 31 May 2013 (ICC-01/11-01/11), § 85-88.

[212] Pre-trial Chamber I, Decision on the admissibility of the case against Abdullah Al-Senussi, ICC-01/11-01/11, 11 octobre 2013, § 66.

Il ressort ainsi de la jurisprudence de la Cour pénale internationale que la mise en œuvre du principe *ne bis in idem* repose sur l'existence d'une identité des faits poursuivis, sans qu'une identité des qualifications juridiques ne soit requise.

Les dispositions des articles 17 (recevabilité) et 20 (principe *ne bis in idem*) participent au système de complémentarité instauré par le Statut de Rome, tout comme la priorité de compétence donnée aux juridictions nationales des États parties.

V - Proposition de non-admission et nombre de projets

A - Sur le deuxième moyen, relatif à la compétence des juridictions françaises pour connaître des disparitions forcées

Textes de référence

Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, adoptée à New York, le 20 décembre 2006

Article 2

Aux fins de la présente Convention, on entend par « disparition forcée » l'arrestation, la détention, l'enlèvement ou toute autre forme de privation de liberté par des agents de l'État ou par des personnes ou des groupes de personnes qui agissent avec l'autorisation, l'appui ou l'acquiescement de l'État, suivi du déni de la reconnaissance de la privation de liberté ou de la dissimulation du sort réservé à la personne disparue ou du lieu où elle se trouve, la soustrayant à la protection de la loi.

Article 4
Tout État partie prend les mesures nécessaires pour que la disparition forcée constitue une infraction au regard de son droit pénal.

Article 9
(..)
2. Tout État partie prend également les mesures nécessaires pour établir sa compétence aux fins de connaître d'un crime de disparition forcée quand l'auteur présumé de l'infraction se trouve sur tout territoire sous sa juridiction, sauf si ledit État l'extrade, ou le remet à un autre État conformément à ses obligations internationales ou à une juridiction pénale internationale dont il a reconnu la compétence.
3. La présente Convention n'écarte aucune compétence pénale supplémentaire exercée conformément aux lois nationales.

Article 689-13 du code de procédure pénale

Pour l'application de la convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, adoptée à New York, le 20 décembre 2006, peut être poursuivie et jugée dans les conditions prévues à l'article 689-1 du présent code toute personne coupable ou complice d'un crime défini au 9° de l'article 212-1 ou à l'article 221-12 du code pénal lorsque cette infraction constitue une disparition forcée au sens de l'article 2 de la convention précitée.

> **Article 212-1 du code pénal**
> Constitue également un crime contre l'humanité et est puni de la réclusion criminelle à perpétuité l'un des actes ci-après commis en exécution d'un plan concerté à l'encontre d'un groupe de population civile dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique:
> [...]
> 9° La disparition forcée ;

> **Article 221-12 du code pénal**
> Constitue une disparition forcée l'arrestation, la détention, l'enlèvement ou toute autre forme de privation de liberté d'une personne, dans des conditions la soustrayant à la protection de la loi, par un ou plusieurs agents de l'État ou par une personne ou un groupe de personnes agissant avec l'autorisation, l'appui ou l'acquiescement des autorités de l'État, lorsque ces agissements sont suivis de sa disparition et accompagnés soit du déni de la reconnaissance de la privation de liberté, soit de la dissimulation du sort qui lui a été réservé ou de l'endroit où elle se trouve.
> La disparition forcée est punie de la réclusion criminelle à perpétuité.
> Les deux premiers alinéas de l'article 132-23, relatifs à la période de sûreté, sont applicables au crime prévu par le présent article.

Signée à New York le 20 novembre 2006 et entrée en vigueur le 23 décembre 2010, la Convention pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées a pour objet de lutter contre un phénomène qui s'est développé au XXe siècle sous les régimes totalitaires des pays de l'Europe de l'Est et d'Amérique latine et qui se développe encore aujourd'hui dans maints pays, à savoir les disparitions d'opposants politiques, de militants des droits de l'homme, de membres d'organisations humanitaires et de journalistes[213]. Elle a été ratifiée par la France le 23 septembre 2008.

La loi n° 2013-711 du 5 août 2013, portant diverses dispositions d'adaptation dans le domaine de la justice en application du droit de l'Union européenne et des engagements internationaux de la France (en vigueur depuis le 7 août 2013), a donc créé un nouveau cas de compétence universelle à l'article 689-13 du code de procédure pénale. Elle a également créé dans le code pénal des incriminations de disparition forcée, au 9° de l'article 212-1 et à l'article 221-12.

On notera que la définition par l'article 221-12 du code pénal est proche de celle de la Convention, sous réserve de ce que la loi française prévoit la possibilité de la commission de l'infraction par une seule personne.

[213] *J.-Cl. Droit international*, Fasc. 406-20 : Conventions internationales répressives – Conventions répressives universelles – Protection des valeurs individuelles, par André Huet et Renée Koering-Joulin.

La chambre criminelle n'a jamais été amenée à statuer sur l'application de ce texte.

La motivation de l'arrêt attaqué

L'arrêt attaqué, après avoir exposé les thèses en présence, retient :

Cela étant, il ne s'agit pas à ce stade, ainsi qu'il a été dit, de caractériser les infractions pour lesquelles [P] [W] est mis en cause, mais seulement de s'interroger sur la compétence des juridictions françaises.

Ainsi que le relèvent les parties civiles, la qualification définitive des faits ne sera acquise qu'au moment du jugement.

De même, il s'agit seulement a ce stade de mis en cause, et non d'auteurs condamnés. Pour ce qui est de l'éventuel lien entre ce mis en cause, [P] [W] , et les autorités de l'État, il résulte de certaines pièces de l'information, en particulier de l'avis du joumaliste [F] [X] mis en évidence par les parties civiles, qu'il n'est pas impossible que le régime de [B] [M] ait souhaité libérer des prisonniers politiques, dont des membres dirigeants du JAI, sachant ce que ce groupe extrémiste avait fait et pouvait faire encore, à seule fin de faire connaître sa prétendue action contre les terroristes. L'information s'attachera à établir ou infirmer ce lien, mais à ce stade force est donc de constater que l'autorisation, l'appui ou l'acquiescement de l'État aux actes d'enlèvement reprochés au mis en examen est ainsi une éventualité à prendre en considération.

Le moyen de nullité pour raison d'incompétence sera donc rejeté.

* * *

Le grief, pris d'un défaut de base légale, soutient que la chambre de l'instruction a statué par des motifs hypothétiques.

Mais **le motif hypothétique**, selon l'ouvrage de référence en matière de cassation[214], **ne vicie la décision que s'il porte sur un point de fait, sur lequel le juge était tenu de procéder à une constatation certaine.**

Tel n'était pas le cas en l'espèce, la chambre de l'instruction ayant pu, à ce stade de l'information, se borner à constater que le crime de disparition forcée était susceptible d'être constitué, que les faits incriminés étaient susceptibles de recevoir la qualification de disparition forcée, au sens de l'article 2 de la Convention du 20 décembre 2006[215].

Le moyen est par conséquent infondé.

---

[214] Jacques et Louis Boré, *La cassation en matière pénale*, Dalloz 2018/2019, n° 84.22.

[215] Crim., 21 janvier 2009, pourvoi n° 07-88.330, Bull. crim. 2009, n° 22.

Proposition de non-admission partielle :

En conséquence, le moyen n'est pas de nature à permettre l'admission du pourvoi selon les termes de l'article 567-1-1 du code de procédure pénale.