

REMARQUES CRITIQUES RELATIVES AU PROJET DE LOI « PORTANT
ADAPTATION DU DROIT PENAL FRANÇAIS A L'INSTITUTION DE LA COUR
PÉNALE INTERNATIONALE » :

LA RÉALITÉ FRANÇAISE DE LA LUTTE CONTRE L'IMPUNITÉ¹

Par

Xavier Philippe,

Professeur de droit public

à l'Université Paul Cézanne - Aix-Marseille III

Directeur de l'Institut Louis Favoreu GERJC – UMR CNRS 6201

Et

Anne Desmarest,

Conseillère juridique en Droits de l'Homme & Droit international humanitaire

Introduction :

Deuxième pays de l'Union européenne à avoir ratifié² le Statut de Rome, la France a exprimé très tôt son attachement à la lutte contre l'impunité et aime à le rappeler régulièrement³. Le 26 février 2002, elle a adapté sa législation de sorte à pouvoir coopérer avec la Cour pénale internationale en répondant à ses demandes d'enquêtes et d'arrestation de suspects, intégrant ainsi la partie procédurale du Statut. Cette loi ne constituait cependant qu'un premier volet de l'adaptation de la législation française au Statut de la Cour pénale internationale (ci-après CPI). La pièce maîtresse marquant l'opérationnalisation du Statut restait à venir avec l'adaptation du code pénal aux nouvelles exigences auxquelles la France s'était engagée.

Le projet de loi portant *adaptation du droit pénal français à l'institution de la Cour pénale internationale* est déjà – si l'on peut dire – une affaire ancienne ! Il fût déposé sur le bureau de l'Assemblée nationale le 26 juillet 2006⁴, ajourné avant les élections législatives de juin 2007 pour être redéposé sur le bureau du Sénat⁵ avant d'y être discuté⁶.

Le 10 juin 2008, lors d'une séance nocturne passée presque inaperçue, le Sénat français a adopté en première lecture ce projet de loi. Le projet initial avait fait l'objet d'amendements votés à l'unanimité par la majorité sénatoriale, et introduit un nouvel article 689-11 dans le code de procédure pénale⁷.

¹ Les auteurs tiennent à exprimer leurs remerciements à l'équipe du M2 de Droit international (année universitaire 2008-2009) pour les recherches et les réflexions stimulantes auxquelles elle a participé.

² La France est partie au Statut de Rome instituant la Cour pénale internationale depuis le 9 juin 2000.

³ Le ministre des affaires étrangères Bernard Kouchner et l'Ambassadeur de France auprès des Nations Unies, en charge des droits de l'homme ne déclaraient-ils pas le 3 juillet 2009 au quotidien *Le Figaro* dans une tribune intitulée « *la justice internationale est une idée française* » que « *s'il est un progrès révolutionnaire entre tous, c'est bien la création de la Cour pénale internationale. Révolutionnaire car, fait sans précédent dans l'histoire de l'humanité, 108 pays ont consenti à se soumettre à la souveraineté d'un organe qu'ils ont eux-mêmes créé et dont la finalité est de qualifier et sanctionner les violations les plus graves des droits fondamentaux. Révolutionnaire encore car, contrairement aux tribunaux montés sur le modèle de Nuremberg, la CPI préexiste aux crimes qu'elle a vocation à réprimer et, dès lors, crée un ordre juridique inédit réconciliant enfin les principes essentiels du droit pénal et l'outil chargé de les appliquer* ».

⁴ Assemblée nationale Projet de loi n° 3271 portant adaptation du droit pénal à l'institution de la Cour pénale internationale déposé le 26 juillet 2006, <http://www.assemblee-nationale.fr/12/projets/pl3271.asp>.

⁵ Sénat, n° 326 (2007-2008) de M. Patrice Gérard, fait au nom de la commission des lois, déposé le 14 mai 2008.

⁶ Compte rendu intégral des débats en séance publique (10 juin 2008), <http://www.senat.fr/seances/s200806/s20080610/s20080610003.html>

⁷ En vertu de ce nouvel article: « *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 il a la nationalité est partie à la convention précitée.*

« *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. À 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.* »

La levée de boucliers qu'a entraînée l'adoption du projet modifié devant le Sénat de la part de nombreuses organisations non-gouvernementales⁸ a conduit l'Assemblée Nationale à renvoyer le texte devant la Commission des lois en juin 2009⁹. Celle-ci a saisi pour avis la Commission des affaires étrangères qui a remis son rapport le 9 juillet 2009¹⁰. Cet avis contient un certain nombre de suggestions positives¹¹ modifiant le texte adopté par le Sénat mais qui reste, à notre avis, en deçà des exigences du Statut de la Cour pénale internationale.

Cette contribution cherche à mettre en perspective les décalages et contradictions qui subsistent entre les engagements internationaux de la France à l'égard des crimes internationaux et de la justice pénale internationale et plusieurs dispositions du texte en discussion. La loi portant adaptation du code pénal français à l'institution de la Cour pénale internationale est une nécessité mais cette adaptation doit respecter les conditions fixées par le Statut de Rome¹². Contrairement à une idée trop souvent répandue, la justice pénale internationale n'est pas composée des seules juridictions pénales internationales mais englobe les juridictions nationales chargées de poursuivre et de réprimer les crimes internationaux. Ces dernières sont même prioritaires lorsqu'il s'agit de poursuivre et punir de tels crimes. Le projet de loi a donc pour finalité de permettre la poursuite et de juger les auteurs des crimes internationaux relevant du Statut de la Cour pénale internationale¹³ tant devant les juridictions nationales que devant la Cour pénale internationale si celles-ci ne peuvent le faire. Ainsi, les présumés responsables de crimes de génocide, crimes contre l'humanité et crimes de guerre ne pourraient plus trouver asile « judiciaire » en France.

On ne peut donc que se féliciter de l'intention du législateur de mettre en adéquation le droit interne avec le Statut de la CPI auquel la France est partie : il s'agit d'une obligation découlant de l'engagement de la. Cependant, au-delà de l'affirmation de principe, on se montrera plus circonspect et même critique sur le texte adopté par le Sénat et sur les insuffisances latentes du texte amendé en dépit d'aménagements positifs. L'adaptation du code pénal français doit répondre aux mêmes exigences que celles figurant dans le Statut de Rome au risque de créer des régimes juridiques illisibles voire conflictuels. La simplicité est ici un gage d'efficacité !

Avant d'examiner les questions soulevées par le projet de loi, il est nécessaire de préciser en quoi la mise en œuvre du Statut de Rome constitue une obligation particulière et précise qui ne peut être rangée à la simple mise en œuvre d'un traité.

⁸ Les ONG en-tête desquelles figurent des organisations expertes telle la *Coalition française pour la Cour pénale internationale* (CFCPI) mais également d'autres organisations à vocation plus généraliste telle la *Conférence des Églises européennes* (v. notamment le communiqué de presse n° 09-35/f (24 juin 2009) http://www.ccc-kek.org/french_site/content/pr-cq0935f.shtml : « Le Président de la Conférence des Églises Européennes (KEK), le pasteur Jean-Arnold de Clermont interpelle aujourd'hui publiquement le Président de la République sur le projet de loi d'adaptation du droit pénal français à l'institution de la Cour pénale internationale qui doit être prochainement débattu à l'Assemblée nationale. Il dénonce un texte, qui rendrait impossible la poursuite en France des auteurs présumés de crimes internationaux (génocide, crimes de guerre et crimes contre l'humanité) ») ont dénoncé ce texte en raison de divergences importantes entre celui-ci et les exigences du Statut de Rome.

⁹ La Commission des lois de l'Assemblée Nationale a nommé M. Thierry Mariani rapporteur du projet devant la Commission des lois le 25 juin 2009 ; Mme Nicole Ameline a été nommé rapporteur devant la Commission des affaires étrangères le 16 juin 2009

¹⁰ V. Assemblée Nationale, n° 1828 - *Avis de Mme Nicole Ameline sur le projet de loi, adopté par le Sénat, portant adaptation du droit pénal à l'institution de la Cour pénale internationale* (n°951), <http://www.assemblee-nationale.fr/13/rapports/r1828.asp> (ci-après Ass. Nat. Avis n°1828 Commission des affaires étrangères).

¹¹ En dépit d'une reconnaissance générale du travail effectué par le Sénat (Ass. Nat. Avis n°1828 Commission des affaires étrangères, op.cit. pp. 8 et s.), l'avis de la Commission des affaires étrangères revient sur nombre des amendements introduits pas la Chambre haute (Ass. Nat. Avis n°1828 Commission des affaires étrangères, op.cit. pp. 57 et s.)

¹² V. le texte du préambule du Statut de Rome qui rappelle sans équivoque les obligations de l'État de mettre en œuvre les engagements auxquels les États parties ont librement consentis :

Affirmant que les crimes les plus graves qui touchent l'ensemble de la communauté internationale ne sauraient rester impunis et que leur répression doit être effectivement assurée par des mesures prises dans le cadre national et par le renforcement de la coopération internationale, Déterminés à mettre un terme à l'impunité des auteurs de ces crimes et à concourir ainsi à la prévention de nouveaux crimes, Rappelant qu'il est du devoir de chaque État de soumettre à sa juridiction criminelle les responsables de crimes internationaux, (souligné par nous)

¹³ L'article 5 du Statut de la CPI : « La compétence de la Cour est limitée aux crimes les plus graves qui touchent l'ensemble de la communauté internationale. En vertu du présent Statut, la Cour a compétence à l'égard des crimes suivants : a) le crime de génocide ; b) le crime contre l'humanité ; c) les crimes de guerre (...) »

La lecture des débats sénatoriaux¹⁴ et de l'avis de la Commission des affaires étrangères de l'Assemblée Nationale¹⁵ donnent le sentiment que la mise en œuvre du Statut de Rome laisse au législateur une marge de manœuvre confortable qui l'autorise à juxtaposer sa propre conception des crimes internationaux et de leur régime à celle définie et mise en œuvre dans le cadre du Statut de Rome. En réalité, il n'en est rien !

En premier lieu, le Statut de Rome ne constitue pas un texte international écrit en langage diplomatique mais un texte de droit international positif comportant des obligations claires et précises¹⁶. S'il est vrai qu'il ne prévoit pas tout et qu'un certain nombre d'éléments sont contenus dans des textes subséquents¹⁷, les obligations qu'il contient sont, pour nombre d'entre elles, directement applicables en droit interne. Si l'on prend l'exemple de la définition des crimes, l'ensemble de la doctrine a pu souligner l'effort de codification entrepris par le Statut pour mieux cerner les éléments des crimes internationaux¹⁸. Le Statut de Rome est certainement aujourd'hui l'instrument juridique le plus avancé en la matière. Dès lors, pourquoi le législateur ne reprendrait-il pas les éléments contenus dans ce Statut dès qu'il le peut sans y ajouter de condition réductrice ?

Il faut également rappeler que le Statut de la Cour pénale internationale pourrait – comme tout traité régulièrement signé et ratifié – être directement applicable en droit interne et s'imposer en cas de contradiction avec un texte législatif et réglementaire en vertu de l'article 55 de la Constitution¹⁹. Cela signifie que l'œuvre d'intégration en droit interne doit être fidèle aux exigences du traité dès lors qu'elles sont sans équivoque. Rien n'empêcherait un juge de se référer aux exigences du texte international si celles-ci ne figurent pas en droit interne et même – est-il besoin de le rappeler – de faire prévaloir ce texte international si celui-ci est contradictoire avec le texte de droit interne.

En second lieu, bien qu'il s'agisse d'un traité multilatéral classique, le Statut de la Cour pénale internationale est un traité spécifique. En effet, la France, qui a ardemment milité en faveur de son adoption lors de la Conférence intergouvernementale de juin-juillet 1998, a soumis ce texte au contrôle de constitutionnalité de l'article 54 de la Constitution de 1958. Le Statut a donc fait l'objet d'une décision du Conseil constitutionnel n°98-408 DC du 22 janvier 1999 *Traité portant Statut de la Cour pénale internationale*²⁰. La décision rendue est doublement intéressante dans sa motivation et ses conséquences.

Dans sa motivation, le Conseil constitutionnel écarte tout d'abord l'obligation de réciprocité figurant à l'article 55 du traité en raison de l'objet même du *traité de protection des droits fondamentaux appartenant à toute personne humaine*. Il considère ensuite trois points d'inconstitutionnalité : les immunités reconnues au Chef de l'État et aux membres du gouvernement et du Parlement ; l'implication du Statut sur le respect des conditions essentielles de la souveraineté ; et l'assistance judiciaire qui doit être fournie par les États ainsi que les pouvoirs d'enquête du Procureur sur le territoire national. Sur ces points, il reconnaît l'antagonisme du Statut de Rome avec le texte constitutionnel et exige la révision de la Constitution pour que le Statut puisse être ratifié.

Dans ses conséquences, la décision du Conseil constitutionnel est encore plus importante en termes d'intégration des exigences du Statut de la CPI. Le constituant français a préféré s'engager

¹⁴ V. Compte-rendu analytique officiel, Sénat 10 juin 2008, op.cit.

¹⁵ Ass. Nat. Avis n°1828 Commission des affaires étrangères - *Avis de Mme Nicole Ameline sur le projet de loi, adopté par le Sénat, portant adaptation du droit pénal à l'institution de la Cour pénale internationale*, op. cit. pp. 8 et s.

¹⁶ Ceci est d'ailleurs parfaitement admis par Mme Ameline dans l'avis rédigé au nom de la Commission des Affaires étrangères de l'Assemblée Nationale : « Chacun de ces crimes est clairement défini dans le Statut de la Cour pénale internationale et d'autres normes internationales », Ass. Nat. Avis n°1828 Commission des affaires étrangères op.cit. p. 13.

¹⁷ Notamment le Règlement de procédure et de preuve, le règlement intérieur de la Cour ainsi – même s'il ne s'agit pas d'un texte normatif – que des « éléments des crimes » visés par le Statut de la Cour.

¹⁸ V. en ce sens notamment, E. David « Éléments de droit pénal international et européen », n° 14-4-1 et s. not. n° 14-4-22 à 14-4-25, Précis de la faculté de droit de l'Université Libre de Bruxelles, Bruylant, Bruxelles, 2009.

¹⁹ Article 55 : 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.

²⁰ JO, 24 janvier 1999, p. 1317, RFDA 1999 p. 308, note B. Genevois.

dans la voie d'une révision constitutionnelle qui impose la prise en compte non pas des seuls motifs d'inconstitutionnalité mais de la totalité du Statut. L'article 53-2 de la Constitution dispose en effet que « *La République peut reconnaître la juridiction de la Cour pénale internationale dans les conditions prévues par le traité signé le 18 juillet 1998* ». Sans se livrer à une exégèse excessive, cela signifie qu'en ratifiant le Statut de Rome, la France accepte de tirer toutes les conséquences de sa participation au système mis en place par la Cour pénale internationale et qu'elle en accepte la logique intégrale. C'est en ce sens qu'il faut interpréter les termes « *dans les conditions prévues par le traité signé le 18 juillet 1998* ».

Cette révision constitutionnelle place le Statut de la Cour pénale internationale dans une situation particulière par rapport aux engagements internationaux classiques. Il ne s'agit plus d'un traité ordinaire mais d'un traité « constitutionnalisé ». Cela signifie qu'en acceptant de ratifier le Statut de la Cour pénale internationale, la France a intégré le Statut de Rome - dans les conditions où il a été signé - dans son bloc de constitutionnalité. Méconnaître la portée de l'engagement international que constitue le Statut de Rome reviendrait à méconnaître l'article 53-2 de la Constitution. Il en résulte que les exigences d'adaptation du Statut de Rome ne découlent pas uniquement du traité mais également de la Constitution française par le biais de cet article. Il est donc impossible de ranger la loi d'adaptation du code pénal français au rang de simple faculté laissée à la seule volonté des autorités de l'État. Il s'agit d'une double obligation constitutionnelle et conventionnelle.

Quelles sont les critiques qui peuvent être adressées en l'État au projet de loi actuel ? Cette contribution s'inscrit dans une perspective constructive. Ce projet n'est pas satisfaisant et ne répond ni aux exigences constitutionnelles internes ni aux exigences internationales. Trois séries de critiques peuvent être adressées au projet.

D'une part, le projet de loi n'est pas satisfaisant au regard de la mise en œuvre du principe de compétence universelle²¹ qui, par sa formulation, réduit singulièrement la portée en droit interne des obligations internationales de la France.

D'autre part, le principe de complémentarité - pierre angulaire de l'architecture du système de justice pénale internationale mis en place par le Statut de Rome²² - est dangereusement inversé par le texte adopté par les sénateurs dans la mesure où il préconise une compétence résiduelle des juridictions françaises.

Enfin, les définitions retenues par le législateur français concernant les crimes de guerre, les crimes contre l'humanité et le crime de génocide ne reprennent complètement ni la lettre ni l'esprit du Statut de Rome. Si les éléments constitutifs des crimes comportent des variations entre les exigences du système international et celles du système français, il est à craindre que cela profite aux auteurs présumés.

Si l'Assemblée nationale française devait confirmer le vote du texte en l'état, toute la capacité et la volonté de la justice pénale française de lutter contre l'impunité se trouveraient remises en cause.

²¹ La notion de *compétence universelle* fait l'objet de multiples déclinaisons en raison de son aspect parfois trop connoté. Certaines organisations lui préfèrent le terme de « compétence extraterritoriale » moins controversé pour signifier que le juge pénal peut se reconnaître compétent pour statuer sur des crimes commis en dehors de l'État et sans lien avec cet État, que ce soit par l'auteur ou par la victime. Quelle que soit la terminologie employée, il s'agit fonctionnellement de reconnaître que la compétence du juge pénal doit pouvoir s'exercer à l'égard des crimes internationaux (crimes de guerre, crimes contre l'humanité, génocide et crime d'agression dans le futur si les États parties s'accordent sur une définition).

²² Le Statut de Rome a été signé le 10 juillet 1998. Il a donné naissance à la Cour pénale internationale qui fut créée le 1^{er} juillet 2002. Elle a été installée et inaugurée à La Haye le 11 mars 2003.

1- Les conditions de saisine de la justice française : l'interprétation restrictive du principe de compétence universelle

Les conditions préalables et nécessaires pour saisir la justice française telles qu'elles figurent dans le projet laissent présager que la France ne constituera pas le pays de la lutte contre l'impunité qu'il prétend être et ce contrairement aux engagements politiques pris en ce sens depuis des années.

La définition du principe de compétence universelle

On entend par compétence universelle, la « *compétence reconnue à un Etat 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* »²³. Le droit pénal français reconnaît le principe de compétence universelle des juridictions françaises pour les actes de torture²⁴ et de terrorisme²⁵ ainsi que les infractions commises lors du conflit de l'ex-Yougoslavie ou du génocide rwandais²⁶.

Ce principe découle du postulat que certains crimes sont tellement graves qu'ils affectent la communauté internationale dans son ensemble. Par conséquent, il permet aux juridictions nationales de connaître de certaines infractions commises à l'étranger, par un étranger, ou contre un étranger, sans que les intérêts directs de la France n'aient été visés. Bon nombre de nos voisins européens ont intégré ce principe général du droit international public dans leur législation interne²⁷.

Le préambule du Statut de Rome confirme la permanence de ce principe. Il dispose : « *il est du devoir de chaque Etat de soumettre à la juridiction criminelle les responsables de crimes internationaux* ». Ce rappel du principe constitue la trame de fond de la répression des crimes internationaux que le Statut de la CPI a institutionnalisé. Il s'agit de rappeler explicitement aux États qu'ils sont les « primo-responsables » de la répression pénale internationale et que sans eux le système risque de n'être qu'un vœu pieu. Cette reconnaissance est d'ailleurs la « condition essentielle pour éviter tout espace d'impunité »²⁸. De surcroît, il est important de souligner que ce principe essentiel à la lutte contre l'impunité ne peut souffrir d'aucune interprétation qui tendrait à en réduire la portée au risque d'en faire un principe vide de sens.

Le critère de résidence habituelle

Le projet de loi inclut une condition de résidence habituelle, préalable nécessaire à l'exercice de la compétence du juge français. Cette condition engendre une double conséquence.

²³ Gérard Cornu, Vocabulaire juridique.

²⁴ Voir l'article 689-2 du Code de procédure pénale.

²⁵ Voir l'article 689-3 du Code de procédure pénale.

²⁶ En vertu des articles 1^{er} et 2 de la loi du 2 janvier 1995 portant adaptation de la législation française aux dispositions de la résolution 827 du Conseil de sécurité des Nations unies, instituant un Tribunal Pénal International chargé de juger les personnes présumées responsables des crimes commis dans l'ex-Yougoslavie et des dispositions identiques figurant dans la loi du 22 mai 1996, adoptée pour la mise en œuvre de la résolution 955 des Nations unies, instituant un Tribunal Pénal International chargé de juger les personnes présumées responsables du génocide commis au Rwanda en 1994.

²⁷ Tel est le cas de la Belgique ou de la Suisse par exemple. Il est courant de citer la Belgique comme un contre-exemple dans la mesure où les autorités belges ont eu à souffrir du texte original qui permettait à toute personne même *in absentia* de porter plainte auprès d'un individu soupçonné d'avoir commis un crime international. En réalité, les critiques faites à ce texte qui a fait l'objet d'amendements ultérieurs, sont souvent excessives et injustifiées. Elles constituent surtout un prétexte au refus de l'exercice de cette compétence par les autorités de l'État. Si l'exercice de la compétence universelle *in absentia* est susceptible de poser de réels problèmes pratiques, aucun obstacle ne peut s'interposer dès que l'État est susceptible de retenir ou détenir la personne soupçonnée d'avoir commis un tel crime.

²⁸ Avis de la CNCDH du 29 juin 2006.

D'une part, le texte du projet de loi dispose très clairement « *qu'il ne suffit pas que la personne en cause se trouve en France, éventuellement en transit ou en visite temporaire* ». Le législateur français exige que le présumé responsable ait fixé « *de manière stable, effective et permanente le centre de ses attaches familiales et intérêts matériels* ». Cette condition de rattachement suffisante entre la France et la personne soupçonnée réduit en pratique considérablement l'exercice de la compétence universelle par les juridictions françaises.

On comprend en effet assez mal sur le plan juridique qu'une personne soupçonnée d'avoir commis des crimes internationaux relevant de la compétence de la Cour pénale internationale puisse séjourner ou transiter en France sans être inquiétée alors même que des charges graves pèsent contre elle. L'idée de la compétence universelle – faut-il le rappeler – consiste à ne pouvoir fournir aucun refuge ou havre de paix à des personnes soupçonnées d'avoir commis de tels crimes. Si ces personnes continuaient à pouvoir se déplacer sans être inquiétées, l'idée même de compétence universelle serait mise à mal. Elle impose aux États de mettre en œuvre leur puissance souveraine en arrêtant et en jugeant les auteurs présumés de ces crimes dans le respect du principe « *aut judicare, aut dedere* »²⁹. L'exigence du critère de résidence habituelle apparaît donc contradictoire avec l'essence même du principe de compétence universelle ! Le retenir aboutirait à tourner le dos à la construction d'une justice pénale internationale effective.

La raison d'être d'un tel principe consiste à permettre, voire parfois à obliger un État de poursuivre l'auteur présumé d'un crime international qui se trouve sur son territoire. Exiger qu'il réside sur ce territoire est tout simplement absurde³⁰ ! Le juge pourrait probablement le poursuivre sur les seuls critères de compétence traditionnels ! Le rajout de cette condition apparaît donc comme une façon biaisée de vider le principe de compétence universelle de sa substance. On rétorquera peut-être que la solution du critère de résidence habituelle est destinée à faire face à un certain réalisme. Appréhender quelqu'un de passage sans avoir les preuves de sa culpabilité ni même être certain de pouvoir les recueillir risque de se solder par un non-lieu ! Le législateur a peut-être voulu anticiper ce point ! Cela constitue toutefois une erreur structurelle pour deux raisons : d'une part, en retenant le critère de résidence habituelle, le législateur part du point de vue que la mise en état des poursuites sera impossible. Or, rien ne dit que ce risque soit automatique, loin s'en faut ! Une personne soupçonnée d'avoir commis de tels crimes pourrait très bien être arrêtée et les autorités judiciaires françaises bénéficier de la coopération d'autres États ou de personnes privées qui leur permettraient de le juger. D'autre part, ce critère est sans rapport avec la poursuite du crime. Il revient à la juridiction saisie - et à elle seule - de déterminer si elle dispose d'éléments suffisants pour engager les poursuites. Confondre la compétence d'une juridiction avec les éléments de preuve nécessaires dont dispose le juge pour engager des poursuites constitue une grave confusion que l'on pardonnerait difficilement à un étudiant de licence en droit. Le critère de résidence habituelle est donc sans rapport direct avec les éléments nécessaires aux poursuites. Il faut par ailleurs souligner que chez nos voisins européens, seule la « simple présence » d'un suspect est requise dans ce type de procédure³¹.

D'autre part, il faut souligner que la condition de « résidence habituelle » telle qu'elle est présentée dans le texte du projet de loi opère une distinction pour le moins « surprenante » voire « déconcertante » entre les crimes visés par le Statut de Rome et d'autres crimes dont la poursuite

²⁹ « Soit juger, soit extradier »

³⁰ Comme l'avaient souligné les débats au Sénat (repris par l'avis de la Commission des affaires étrangères, Ass. Nat. Avis n°1828 Commission des affaires étrangères, op.cit. p. 55), ce critère impliquerait dans la plupart des cas une connaissance par les autorités de la présence de l'intéressé(e) sur son sol, ne serait-ce que par la délivrance nécessaire d'un visa et d'un titre de séjour !

³¹ Le 16 octobre 1998, général Pinochet a été arrêté alors qu'il se trouvait à Londres pour des examens médicaux. Les rapports, débats et avis tant au Sénat qu'à l'Assemblée nationale soulignent les excès de certaines législations (belges, espagnoles) qui ont amené les législateurs nationaux à revenir à une compétence plus restrictive de la compétence universelle. Il faut néanmoins souligner que dans ces exemples, le problème se posait essentiellement à propos de la compétence universelle exercée *in absentia*, qui posent un réel problème en termes de poursuites. Il n'est cependant nullement question de l'exercice d'une telle compétence dans le projet français.

par les autorités judiciaires françaises est d'ores et déjà possible. En effet, s'agissant des crimes de torture, des actes de terrorisme, des crimes relevant des deux tribunaux *ad hoc*³², la compétence des juridictions françaises n'est subordonnée qu'à la seule condition que les auteurs se trouvent sur le territoire français. Dès lors, comment est-il possible d'expliquer voire de justifier juridiquement qu'il y ait deux poids et deux mesures en matière de compétence du juge pour poursuivre les mêmes comportements infractionnels qui seraient régis par des textes différents ?

L'avis de la Commission des affaires étrangères de l'Assemblée Nationale ne s'y est pas trompé ! Bien que les éléments de discussion exposés comportent selon nous un certain nombre d'approximations juridiques³³, il propose purement et simplement la suppression de ce « critère de résidence » pour le remplacer par un « critère de présence », ce qui constitue un progrès qu'il faut approuver³⁴.

Le critère de la « double incrimination »

Les crimes internationaux définis dans le Statut de la CPI constituent par eux-mêmes une atteinte à des valeurs fondamentales universellement reconnues par la communauté internationale. Instaurer une condition de double incrimination revient à remettre en cause cette universalité et à créer une condition supplémentaire rendant plus difficile la poursuite de tels crimes.

Selon les termes du projet de loi adopté par le Sénat en juin 2008, les juridictions françaises ne pourront enclencher de poursuites que si les crimes sont également punissables dans le pays d'origine du suspect. L'insertion d'une telle condition est pour le moins surprenante s'agissant de la poursuite de crimes internationaux et même de crimes tout court. En effet, elle n'est

³² Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie et Tribunal pénal international pour le Rwanda.

³³ On relèvera un certain nombre d'idées ou d'assertions contestables figurant dans le rapport :

- La poursuite des auteurs de crimes internationaux visés par le Statut de Rome n'est pas une question d'opportunité mais une obligation découlant directement du Statut de Rome et du principe de complémentarité ainsi que des règles générales conventionnelles et coutumières du droit international public. (p.45)
- L'exercice de la compétence universelle par un juge français découle non seulement de sa reconnaissance par le droit interne (le plus souvent une disposition législative intégrée dans le code de procédure pénale) mais peut également découler de conventions internationales dont les dispositions claires obligent les États à poursuivre et réprimer certaines infractions. Compte tenu du système normatif français et du statut du droit international en droit interne, un juge pénal qui s'appuierait sur une disposition obligeant l'État à agir non seulement ne méconnaîtrait pas le droit français mais respecterait la lettre et l'esprit de la hiérarchie des normes. Que les juges pénaux soient peu enclins à le faire ne signifie pas qu'ils ne puissent pas le faire. En revanche, la non-intégration du droit international humanitaire à travers les Conventions de Genève de 1949 et les deux protocoles additionnels de 1977 dans la liste sont compréhensibles (p.48) puisqu'il ne s'agit pas (directement) d'un texte pénal. Tel n'est pas le cas des Statuts des tribunaux pénaux internationaux *ad hoc* et du Statut de la Cour pénale internationale (qui au demeurant criminalisent les comportements qualifiés d'infractions graves aux Conventions de Genève tout en les dépassant) (p.49). Le Statut de Rome devrait donc pouvoir servir à un juge à affirmer sa compétence y compris en l'absence de disposition spécifique nationale (la France reste constitutionnellement – même si ce n'est pas toujours facile – un pays moniste !)
- L'interprétation de la valeur juridique du préambule – qui ne fait que rappeler aux États un certain nombre d'obligations juridiques découlant du droit international général – est plus que discutable (p. 50). L'est encore plus l'idée selon laquelle il existerait une charge partagée des obligations de poursuite entre la Cour et les États parties. Le statut est pourtant clair dans son article 17 sur la signification du principe de complémentarité ! Ni les arguments de texte, ni les arguments pratiques, ni ceux rattachés à une légitimité naturelle de la Cour n'emportent la conviction et démontrent une connaissance approximative de la réalité de la justice pénale internationale (p. 51).
- Enfin, la référence aux exemples étrangers s'avère dangereuse si l'on sort de leur contexte ces solutions extérieures et les problèmes potentiels qu'elles ont généré. Les hypothèses citées belge et espagnole sont critiquables en raison de la reconnaissance d'une compétence en absence de la personne poursuivie sur le sol national, qui effectivement peut donner lieu à des excès dans la mesure où le juge national ne peut respecter le principe du contradictoire et le plus souvent ne dispose pas d'éléments suffisants pour instruire une telle plainte.

³⁴ V. Assemblée Nationale, Rapport pour avis de la Commission des affaires étrangères n°1828, op.cit. p. 59. L'auteur du rapport souhaite en réalité limiter la compétence universelle aux hypothèses dans lesquelles la personne faisant l'objet de poursuites n'est pas présente sur le territoire français (compétence *in absentia*). Cette réserve peut se comprendre et a été pointée du doigt dans les hypothèses belge et espagnole. Toutefois, la logique de la compétence universelle pour les crimes internationaux n'écartera pas ce type de compétence.

traditionnellement exigée que lorsque l'infraction possède un caractère délictuel³⁵ ou qu'elle constitue une condition figurant dans un traité d'extradition. Ce n'est pas le cas des « crimes internationaux » qui font par définition partie des crimes les plus graves appelant la responsabilité de la Communauté internationale dans son ensemble.

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 remplie³⁶. 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. À 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 ?

À juste titre ici encore, l'avis de la Commission des affaires étrangères de l'Assemblée Nationale du 9 juillet 2009 s'écarte de cette exigence pour les crimes les plus graves en relevant son caractère anachronique et incohérent. L'auteur du rapport souligne d'ailleurs elle-même ce paradoxe qui consisterait à *exiger cette condition de double incrimination dans les cas les plus graves que sont les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre alors qu'ils font enfin partie des infractions pour lesquelles le mandat d'arrêt européen doit être exécuté sans contrôle de la double incrimination*³⁷.

L'initiative des poursuites : le domaine réservé du Ministère public

Le texte du projet de loi retient également dans le nouvel article 689-11 alinéa 2 le principe du monopole des poursuites confié au Ministère public, supprimant ainsi la possibilité à toute partie civile, personne physique ou morale, de mettre en mouvement l'action publique. La tradition juridique française reconnaît à toute victime de crime ou de délit la possibilité d'engager des poursuites pénales même lorsque le parquet s'y refuse. La réforme de la procédure pénale de mars 2007 réaffirme ce principe tout en l'aménageant afin d'en limiter les abus.

La Commission nationale consultative des droits de l'homme (ci-après « CNCDH ») dans son avis du 15 mai 2003 sur l'avant-projet de loi, considérait déjà que réserver l'initiative des poursuites au Ministère public constitue « une atteinte grave aux droits des victimes à un recours effectif ». Et d'ajouter qu'une telle disposition est d'autant plus inacceptable que « la France s'est activement engagée à la reconnaissance des droits de victimes tout au long des négociations pour l'établissement de la CPI ». L'expérience des dernières années prouve que les procès pénaux engagés à l'encontre de responsables présumés de crimes internationaux l'ont été sur plainte avec constitution de partie civile initiale.

On peut difficilement concevoir que cette disposition écarte complètement l'initiative des poursuites par les victimes ou leurs ayant-droits. En effet – mais il faudrait alors le préciser ! – si l'on peut comprendre que le Ministère public puisse décider des poursuites en fonction des éléments dont il dispose – ce qui relève de son pouvoir d'appréciation - il semble en revanche inconcevable que les victimes ne puissent initier l'action pénale. Une telle position serait d'ailleurs très probablement inconstitutionnelle dans la mesure où elle constituerait une rupture de l'égalité entre les victimes. Aucune raison objective ne justifie de traiter différemment des victimes selon qu'il s'agisse d'un crime de droit commun ou d'un crime international. Cela reviendrait à placer dans une position plus favorable les victimes de crimes de droit commun, ce qui au regard de l'importance de la poursuite de crimes internationaux apparaît purement et simplement aberrant !

³⁵ V. article 113-6 du code pénal.

³⁶ Les codes pénaux sont généralement rédigés à partir de standards communs. En conséquence, même dans les États où de telles incriminations existent, la répression a peu de chance d'être effective, même si de nombreux États ont aujourd'hui relativisé cette condition. Ceci ne devrait toutefois pas jouer pour les crimes internationaux qui doivent par définition être des crimes universels.

³⁷ V. Ass. Nat. Avis n°1828 Commission des affaires étrangères op.cit. p. 60.

2-L'interprétation française du principe de complémentarité corollaire du principe de compétence universelle

La définition du principe de complémentarité

La CPI n'a ni la vocation ni les moyens de juger tous les criminels ! Elle possède une compétence subsidiaire. Le principe de complémentarité est un principe cardinal du fonctionnement de la justice pénale internationale. Il a été reconnu lors de la Conférence de Rome en 1998 et se trouve inscrit à l'article 1^{er} du Statut de la CPI.

En vertu de ce « principe de complémentarité »³⁸, les États conservent la responsabilité première de poursuivre et juger les auteurs. Autrement dit, il incombe au premier chef aux États parties - et donc à la France³⁹ - de juger, dans le cadre de leurs procédures internes, les auteurs des crimes visés par le Statut. La CPI n'exercera sa compétence que si ces États ne peuvent pas ou ne veulent pas poursuivre ces criminels⁴⁰. En conséquence, les États parties sont dans l'obligation d'incorporer dans leurs systèmes nationaux respectifs les infractions prévues par le Statut mais également de prévoir des procédures adéquates de jugement rendant possible la poursuite de ces crimes. Dans le cas contraire, la CPI pourrait exercer sa compétence du fait de la carence ou de l'inaction de la législation interne.

Son Procureur, Luis Moreno-Ocampo rappelait en 2003 que «*[sa] stratégie, qui consiste à concentrer les efforts sur ceux qui ont la plus grande responsabilité dans les crimes en cause, pourrait créer une sorte d'espace d'impunité, à moins que les autorités nationales, la communauté internationale et la Cour n'allient leurs forces de travail pour garantir que tous les moyens nécessaires sont mis en œuvre pour traduire en justice les autres auteurs de crimes*».

L'interprétation française du principe de complémentarité : une fuite en avant ?

Dans le texte du projet adopté par le Sénat, le principe de complémentarité n'est pas vidé de son sens mais purement et simplement inversé ! Les juridictions françaises ne pourraient pas être saisies sans que la CPI ait préalablement décliné sa compétence ou manifesté son intention de ne pas poursuivre. Ainsi, la primauté de juridiction pour enquêter et poursuivre les responsables des crimes reposerait sur la CPI⁴¹ alors que le Statut prévoit exactement l'inverse.

En effet, les articles 17 et 18 reconnaissent aux États parties la responsabilité première de poursuivre les auteurs des crimes internationaux. La CPI n'est compétente qu'en cas de défaillance du système judiciaire ou de manque de volonté de l'État. Subordonner la poursuite d'une personne suspectée d'avoir commis un ou des crimes internationaux se trouvant sur le territoire de la République à la condition que la CPI « *décline expressément sa compétence* » est dès lors en contradiction flagrante avec le Statut de Rome.

³⁸ L'article 1 du Statut de la CPI « Il est créé une Cour pénale internationale en tant qu'institution permanente, qui peut exercer sa compétence à l'égard des personnes pour les crimes les plus graves ayant une portée internationale, au sens du présent Statut. Elle est complémentaire des juridictions pénales nationales. (...) »

³⁹ La France a ratifié le traité de Rome le 9 juin 2000. Un an plus tôt, le 28 juin 1999, le Congrès du Parlement insérait dans la Constitution un article 53-2 aux termes duquel « *la République peut reconnaître la juridiction de la Cour pénale internationale dans les conditions prévues par le traité signé le 18 juillet 1998* ». La loi du 26 février 2002, relative à la coopération avec la CPI a constitué le premier volet de l'adaptation de la législation française au traité de Rome.

⁴⁰ Voir l'article 17 du Statut de Rome.

⁴¹ Il est vrai que les deux Tribunaux *ad hoc* (TPIY & TPIR) disposent de cette primauté de juridictions sur les juridictions pénales nationales. Ce système n'a en revanche pas été retenu avec la CPI en raison des critiques dont il avait fait l'objet.

Dans son rapport initial, la Commission des lois du Sénat avait considéré que ce n'était pas aux États parties mais à la CPI de se substituer à l'État défaillant qui aurait été normalement compétence pour juger l'auteur d'un crime international.

Cette analyse confond (volontairement ?) les principes relatifs aux critères de compétence extraterritoriaux du juge pénal à l'égard de tous les crimes, fondés sur la nationalité de l'auteur ou de la victime, et le principe de compétence universelle spécifiquement dédié aux crimes internationaux⁴². Le système mis en place par la CPI confie la responsabilité primaire des poursuites de crimes relevant de la compétence de la Cour aux États. Le principe de complémentarité invite les États à agir, quel que soit l'auteur du crime international ou le lieu où il a été commis, de façon à faire respecter la « légalité internationale »⁴³. Réduire le principe de complémentarité à une option que l'État choisit davantage par commodité que par obligation est particulièrement dangereux. Cela reviendrait à faire du principe de complémentarité un principe optionnel, ce que précisément les auteurs du Statut ont cherché à éviter. Ce principe n'a été ni conçu, ni consacré comme une « modalité de confort » des États parties au Statut de la Cour leur laissant la liberté de choisir entre poursuite et renvoi devant la CPI. Si un État comme la France peut appréhender l'auteur présumé d'un crime international sur son sol et dispose des moyens de le poursuivre, il doit le faire ! Sa compétence est liée. Le projet de loi actuel opère une interprétation « *contra conventionnelle* » d'une obligation claire. Les promoteurs du traité de Rome ont recherché précisément cette primauté d'action des États dans la mise en œuvre du principe de complémentarité contrairement à ce qui s'était produit dans le statut des tribunaux *ad hoc* pour l'ex-Yougoslavie et pour le Rwanda.

L'avis rendu par la commission des affaires étrangères de l'Assemblée Nationale a également été très clair sur ce point : cette disposition doit être revue car elle « *apparaît en contradiction avec les stipulations (sic) de l'article 18 du Statut* »⁴⁴

S'il est vrai que le jugement des crimes internationaux commis à l'étranger requiert la satisfaction de critères parfois difficiles à réunir (notamment en matière de preuve), l'exigence de conditions nouvelles imposées par le texte adopté par le Sénat risque de réduire singulièrement la portée des engagements de la France en la matière. Certes, on peut parfaitement comprendre que le législateur fasse preuve de prudence et de mesure mais de là à inverser le principe, il y a un pas qu'il est impossible de franchir. Le Statut de la Cour pénale internationale a réitéré avec force le principe de compétence universelle et conféré au principe de complémentarité le rôle de pierre angulaire du système de la CPI. Ajouter des conditions restrictives supplémentaires à un principe qui requiert la pleine coopération des États pour être efficace risque de ruiner tous les efforts faits jusqu'à présent pour aboutir à ce résultat.

3-Les définitions des crimes visés au Statut de Rome

L'intégration des crimes de guerre dans le droit pénal français

Le projet de loi a le mérite – ce n'est pas la moindre de ses qualités - d'insérer dans le code pénal, un livre⁴⁵ consacré à la définition et à la répression des crimes de guerre. Cette démarche doit être approuvée mais un certain nombre de préoccupations importantes demeure à laquelle il est impératif de répondre pour que le projet soit en phase avec le Statut de Rome.

⁴² V. en ce sens l'analyse et la distinction faite dans l'avis de la Commission des affaires étrangères de l'Assemblée Nationale qui critique cette disposition, Ass. Nat. Avis n°1828 Commission des affaires étrangères op. cit. p.61

⁴³ La logique du Statut voudrait en priorité que le lien de rattachement avec l'État d'origine puisse jouer (territorialité, lien avec l'auteur ou la victime), puis que le critère de compétence universelle puisse jouer pour qu'enfin la compétence de la CPI s'exerce au cas où les solutions précédentes s'avèreraient inopérantes.

⁴⁴ Ass. Nat. Avis n°1828 Commission des affaires étrangères, op. cit. p.61.

⁴⁵ Livre IV bis « *Des crimes et des délits de guerre* »

En premier lieu, l'architecture générale du projet emprunte un chemin curieux qui consiste à reformuler la définition des crimes de guerre, telle qu'elle figure à l'article 8 de la CPI, pour donner une définition beaucoup plus synthétique mais également plus confuse de ces crimes⁴⁶. S'il est loisible au législateur d'ajouter aux crimes de guerre de nouvelles infractions qu'il qualifie de délits de guerre, cela ne doit pas se faire au détriment de la liste initiale des crimes de guerre contenus dans le Statut. La raison d'un tel cheminement méthodologique est obscure : elle conduit à ne pas reprendre fidèlement la liste des crimes visés à l'article 8⁴⁷, à transformer certaines conditions fixées par le Statut de Rome en les assouplissant⁴⁸ et à qualifier certains comportements de délictuels alors que les Statuts les considère comme des crimes⁴⁹. Quelles que soient les bonnes intentions du texte, il serait souhaitable d'adopter une version qui soit la plus proche possible du texte de l'article 8 du Statut de Rome et qui distingue clairement les crimes de guerre (notion issue du Statut) des délits de guerre (notion utile mais purement nationale).

En second lieu, le projet de loi crée une situation délicate - facilement corrigible - concernant les moyens de combat. Le projet de texte de l'article 461-23 4^o réprime l'utilisation de moyens de combat faisant l'objet d'une interdiction générale en référence à une *annexe au Statut de la Cour pénale internationale acceptée par la France*. L'article 8.2 (b)(xx) est beaucoup plus clair et inclut non seulement les moyens de combat prohibés mais également ceux dont l'emploi cause des maux superflus ou des souffrances inutiles⁵⁰. Ce texte correspond à des figures connues de l'interdiction de l'emploi de certaines armes ou à leur limitation qui pourraient être résumées dans le célèbre adage « *on ne tire pas sur des moineaux avec un canon !* ». Force est de constater sur ce point qu'il existe une lacune importante du texte du projet. Le plus simple consisterait à reprendre intégralement la formule du Statut, explicite et claire, balisant les crimes pouvant être commis dans l'utilisation des moyens de combat.

En troisième lieu, le projet de loi n'écarte pas expressément l'immunité des chefs d'État ou de gouvernement lors de la commission de crimes de guerre⁵¹. Quoique le texte doive se lire à la lumière de l'interprétation jurisprudentielle⁵² des juridictions françaises, il aurait été souhaitable que figure une disposition claire et expresse écartant l'immunité fondée sur la qualité officielle de l'auteur d'un crime international. Ceci aurait renforcé le statut spécifique des crimes internationaux.

L'harmonisation du crime de génocide avec la définition du Statut de la CPI

⁴⁶ Contrairement à ce que semble indiquer l'auteur de l'avis de la Commission des affaires étrangères, Ass. Nat. Avis n°1828 Commission des affaires étrangères, op.cit. p. 30.

⁴⁷ Le crime d'esclavage sexuel n'est ainsi pas visé par le nouveau texte. La jurisprudence pénale internationale a précisé les spécificités du crime d'esclavage sexuel. La transposition est donc imparfaite.

⁴⁸ V. Par exemple, le projet d'article 461-3 du code pénal qui à propos des expériences ou mutilations de personnes sans justification thérapeutique dont les conséquences portent gravement atteinte à leur santé ou à leur intégrité physique et psychique a substitué l'adverbe « gravement » à l'adverbe « sérieusement » rendant la condition plus restrictive.

⁴⁹ Tel est le cas de la détention illégale qui est correctionnalisées lorsqu'elle est inférieure à 7 jours ; Cette rédaction est en contradiction avec le Statut de Rome qui considère la détention illégale en cas de conflit armé comme un crime de guerre (violation grave des Conventions de Genève). Compte tenu des conséquences qu'engendre la détention illégale en temps de conflit armé ainsi que des risques de transformation ou de commission d'autres infractions qu'elle comporte en fonction du contexte dans lequel elle est réalisée, la correctionnalisation d'un tel comportement est en contradiction avec les exigences du Statut.

⁵⁰ « *Le fait d'employer les armes, projectiles, matériels et méthodes de combat de nature à causer des maux superflus ou des souffrances inutiles ou à agir sans discrimination en violation du droit international des conflits armés, à condition que ces moyens fassent l'objet d'une interdiction générale et qu'ils soient inscrits dans une annexe au présent Statut, par voie d'amendement adopté selon les dispositions des articles 121 et 123* »

⁵¹ Ou d'autres crimes internationaux.

⁵² V. notamment Cass. crim. n° 00-87215, 13 mars 2001 *Khadafi*,

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&cidTexte=JURITEXT000007070643&fastReqId=80286484&fastPos=39>.

Concernant le crime de génocide, la définition adoptée dans le texte du projet de loi diffère légèrement de celle de l'article 6 du Statut de Rome.⁵³ Celle-ci reprend mot pour mot la définition contenue dans la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide de 1948. La France a ratifié cette convention le 14 octobre 1950. En ce sens, elle est doublement obligée de transposer dans son dispositif législatif national la définition internationale du crime de génocide.

L'article 211-1 du Code pénal français retient une définition différente de celles de la Convention de 1948 et du Statut de la CPI. En effet, elle réprime également les actes visant un « groupe déterminé à partir de tout autre critère arbitraire »⁵⁴ à condition que la preuve d'un « plan concerté » soit faite. Cette exigence de « plan concerté » tend à réduire la possibilité de poursuivre et punir les auteurs de crime de génocide. Cette solution n'est pas acceptable tant au regard des critères communément admis pour qualifier le crime de génocide qu'au regard de la jurisprudence pénale internationale qui s'est efforcée depuis plusieurs années d'affirmer et de préciser la définition contenue dans la Convention de 1948 et reprise par le Statut de Rome. L'objectif du législateur doit être d'harmoniser et de consolider les acquis d'une définition complexe que la justice internationale a patiemment construite pierre par pierre. Développer une définition autonome ne mènerait nulle part et serait même contre-productif. L'ajout d'une telle condition a d'ailleurs été critiqué, tant au Sénat par le biais d'amendements qui furent rejetés, que dans l'avis rendu au nom de la Commission des affaires étrangères de l'Assemblée Nationale. L'auteur du rapport souligne qu'une telle condition n'existe pas dans le Statut de Rome et que l'ajouter risquerait de compliquer l'établissement des éléments du crime⁵⁵. Le génocide se distingue clairement des autres crimes internationaux sans qu'il soit besoin d'ajouter cette condition. Si l'existence d'un plan concerté peut constituer un élément de preuve d'un acte génocidaire, en revanche son absence ne signifie pas qu'un tel acte n'ait pas été commis. En exigeant sa présence systématique, le législateur rendrait la reconnaissance de l'acte génocidaire plus complexe.

Par ailleurs, le projet de loi « correctionnalise » l'acte de provocation au génocide qui ne serait pas suivi d'effet. Une nouvelle fois, le législateur français s'éloigne de la lettre et de l'esprit du Statut de Rome qui ne s'arrête pas aux effets de « l'incitation ». L'incitation dans le cadre du génocide est souvent l'élément déclencheur de tout un processus qui devient souvent incontrôlable⁵⁶. Comment peut-on dès lors admettre que ceux qui déclenchent un tel processus qui ne se serait pas réalisé sans une telle intervention, encourrent une peine inférieure à ceux qui l'exécutent ou qui sous l'effet direct de cette incitation ont réalisé de tels actes ?

En effet, selon le Statut de Rome, la responsabilité pénale de l'auteur présumé est retenue dès lors que « s'agissant du crime de génocide, elle incite directement et publiquement autrui à le commettre »⁵⁷. L'incitation au génocide doit donc rester ce qu'elle est dans le Statut de Rome : un crime international et non un délit. L'enjeu est d'importance car la correctionnalisation fait disparaître le régime juridique attaché au crime international. Pourquoi la France réserverait-elle un traitement de faveur à une personne accusée d'avoir participé à un génocide ?

⁵³ L'article 6 du Statut de Rome « (...) on entend par crime de génocide l'un quelconque des actes ci-après commis dans l'intention de détruire, en tout ou partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux (...) »

⁵⁴ À côté des quatre catégories classiques (national, ethnique, racial ou religieux). Cette disposition ne pose pas, selon nous, de difficultés en soi car elle ajoute une nouvelle catégorie à celles déjà existantes. Un État peut se montrer plus exigeant que ne l'est la communauté internationale. Il ne peut en revanche aller en-deçà du minimum requis quant aux catégories concernées par le crime de génocide. Le problème réside selon nous dans le caractère opérationnel de la nouvelle catégorie ainsi créée qui est assez floue et risque de laisser le juge désemparé face aux difficultés de qualification.

⁵⁵ Ass. Nat. Avis n°1828 Commission des affaires étrangères, op.cit. p. 24.

⁵⁶ V. en ce sens le jugement du TPIR aff. IT-99-52-T du 3 décembre 2003 *Ferdinand Nahimana* § « 1029. En ce qui concerne le lien de causalité, la Chambre rappelle que l'incitation est un crime, quel que soit l'effet vers lequel elle tend. En recherchant si tel ou tel discours manifeste l'intention de commettre le génocide et, par la suite, caractérise l'incitation, la Chambre considère que le fait qu'il y a bel et bien eu génocide est un élément important. Que les médias aient eu l'intention de créer cet effet ressort en partie de ce que leurs actes ont effectivement eu cet effet ». disponible sur <http://www.ictj.org/FRENCH>.

⁵⁷ Voir l'article 25-3-e du Statut de Rome.

L'harmonisation de la définition des crimes contre l'humanité

L'harmonisation de la définition des crimes contre l'humanité pose également difficulté. Une nouvelle fois, le projet se démarque de la définition contenue dans l'article 7 du Statut de Rome et propose une définition du crime contre l'humanité qui retient l'existence préalable d'un « plan concerté » comme élément constitutif du crime. Il n'existe aucune raison objective qui justifierait d'adopter une définition différente dans le code pénal français de celle se trouvant dans le Statut de Rome⁵⁸. Cela permettrait également de remédier à un manquement de la France qui en l'état actuel de l'article 212-1 omet d'inclure parmi les crimes contre l'humanité « l'esclavage sexuel » et l'« apartheid » alors qu'ils figurent expressément dans l'article 7 du Statut. La définition du crime de « ségrégation » retenue dans le projet de loi n'est en effet pas aussi précise que la définition du crime d'apartheid. La Convention sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid du 30 novembre 1973 dispose que le crime d'apartheid englobe « les politiques et pratiques semblables de ségrégation et de discrimination raciale », ce qui dépasse la seule action de ségrégation⁵⁹. Il est incompréhensible que le projet de loi ne cherche pas à aligner la liste des crimes contre l'humanité sur celles du Statut de Rome : tant en ce qui concerne la précision du texte qu'en ce qui concerne les conséquences d'une définition différente, aucune raison juridique objective ne justifie un traitement différencié. Tout le monde y gagnerait y compris le juge national qui aurait plus de chances de s'y retrouver que s'il est confronté à une définition différente de celle du Statut. L'intérêt d'une définition commune des crimes doit d'abord être mesuré en termes d'efficacité.

Le régime d'imprescriptibilité

A ce jour, le droit français ne reconnaît pas l'imprescriptibilité des crimes de guerre. Le texte voté par le Sénat confirme cette position et opte pour un régime de prescription différencié et dépendant de la définition du crime. Ainsi, pour les crimes de guerre, le délai de prescription prévu est de 30 ans. Concernant les délits de guerre, il sera de 20 ans. Une telle position est en contradiction flagrante avec les dispositions du Statut de Rome. En effet, l'article 29 du Statut de Rome dispose en des termes clairs, précis et concis que « *les crimes relevant de la compétence de la Cour ne se prescrivent pas* ».

Aucune explication juridique ne peut justifier ce régime différencié. La réserve initiale française qui frappait les crimes de guerre a disparu⁶⁰ et l'article 29 est aujourd'hui pleinement applicable. Si le texte du projet actuel devait être maintenu, il entrerait en conflit direct avec le Statut de Rome et autoriserait soit un juge à outrepasser la prescription contenue dans la loi française comme contraire au Traité de Rome et à l'article 53-2 de la Constitution, soit la Cour pénale internationale à se reconnaître compétente en raison de l'absence de volonté de la France d'appliquer les règles du traité auquel elle a librement consenti.

Cette distinction a pour effet de créer une échelle de gravité du crime international de laquelle découle l'appréciation de la peine. Or, même si le crime de génocide est philosophiquement considéré comme le « crime des crimes », il serait erroné et dangereux de considérer que les crimes de guerre sont des crimes internationaux moins graves que les autres. La catégorie des crimes internationaux est un ensemble homogène qui témoigne de l'intérêt que porte et doit

⁵⁸ L'article 7 du Statut de Rome « (...) 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 (...) ».

⁵⁹ Voir article 1^{er} de la Convention contre l'apartheid.

⁶⁰ La France a retiré cette réserve le 13 août 2008. Cette réserve serait de toute façon tombée d'elle-même puisqu'elle était limitée à une période de 7 ans à compter de l'entrée en vigueur du Statut pour cet État.

porter la communauté internationale à la répression de ces crimes considérés comme les plus abjects. Il ne saurait exister une « hiérarchie juridique de l'horreur » même si les relais médiatiques ont trop souvent tendance à accréditer cette idée. On ne comprend pas en conséquence le raisonnement tenu pas le législateur, tant au Sénat que dans l'avis de la Commission des affaires étrangères de l'Assemblée nationale de vouloir maintenir une telle distinction en agissant sur le régime de la prescription.

De surcroît maintenir une telle distinction semble illusoire car d'une part le Conseil constitutionnel avait souligné dans sa décision du 22 janvier 1999 « *qu'aucune règle ni aucun principe de valeur constitutionnelle, n'interdit l'imprescriptibilité des crimes les plus graves qui touchent l'ensemble de la communauté internationale* »⁶¹, d'autre part la disposition législative rentre en contradiction directe avec une disposition conventionnelle constitutionnalisée, ce qui autoriserait le juge le cas échéant à ne pas tenir compte de la disposition législative relative à la prescription pour engager des poursuites contre une personne poursuivie pour crimes de guerre⁶².

Propositions & recommandations

La lutte contre l'impunité est l'affaire de tous les États avant d'être celle de la Cour pénale internationale. En cela, les principes de complémentarité et de compétence universelle représentent les meilleures armes pour dissuader les auteurs potentiels de ces crimes. Ce n'est qu'au prix d'un maillage sans faille dans la répression de ces crimes de la part des États que ces principes démontreront leur caractère opérationnel. Cette réalité est encore lointaine ! Quelles que soient les tentations, ce n'est pas une raison pour adopter des dispositions législatives qui par leur contenu mineraient ouvertement l'efficacité de ces principes.

La France ne peut se permettre de jouer un « chœur à deux voix » au regard de ses obligations en matière de justice pénale internationale. Or, si le texte adopté par le Sénat était confirmé dans le même esprit par l'Assemblée nationale, c'est exactement la direction qu'elle prendrait ! Cela marquerait non seulement un retour en arrière mais toute la crédibilité d'un État, qui s'est inscrit à la pointe de la lutte contre l'impunité, serait remise en cause ! Il est absolument incompréhensible qu'un projet de loi qui porte le nom de « *loi d'adaptation du droit pénal à l'institution de la Cour pénale internationale* » ne cherche pas à correspondre au plus près aux exigences d'un texte international que la France a cherché à promouvoir. Or, tant devant le Sénat que devant l'Assemblée Nationale, la mesure de cette adaptation complète ne semble pas prise. Les rapporteurs au Sénat et à l'Assemblée nationale (Commission des affaires étrangères)⁶³ semblent ne pas considérer ce texte comme une obligation mais comme un acte de bonne volonté de la part de la France à l'égard de la justice pénale internationale. Il s'agit pourtant bien de rendre pleinement compatible la législation nationale avec le Statut de Rome et non d'agir *a minima* pour satisfaire formellement à une obligation qui aurait du être remplie depuis longtemps !

Que l'on nous comprenne bien ! Il ne s'agit pas de distribuer des satisfecit ou des blâmes à qui que ce soit. Mais la rédaction actuelle du projet de loi est paradoxale et révèle une méconnaissance profonde de la réalité de la justice pénale internationale. On ne peut d'un côté proclamer sa volonté de lutter contre l'impunité et de l'autre rajouter des conditions supplémentaires à la poursuite des auteurs de crimes internationaux là où le texte et l'esprit des engagements internationaux expriment clairement leur volonté de voir les États parties pleinement coopérer à la réussite de l'entreprise !

⁶¹ V. décision précitée, considérant n°20.

⁶² Ce raisonnement ne semble pas selon nous devoir s'appliquer aux délits de guerre qui ne sont pas couverts par cette imprescriptibilité.

⁶³ V. Ass. Nat. Avis n°1828 Commission des affaires étrangères, op. cit. p.26 : « *Comme votre rapporteure l'a déjà souligné, l'objectif de ce projet de loi n'est pas de transcrire mot à mot les stipulations du Statut de Rome et il n'est donc ni nécessaire ni utile de dupliquer la définition qu'il donne des crimes contre l'humanité* »

Quelles sont donc les solutions envisageables aujourd'hui ?

En premier lieu, il est indispensable de revenir à une rédaction législative qui soit la plus proche possible du Statut de Rome et limite au maximum les risques de friction. Il ne s'agit pas de faire un « copier/coller » pur et simple mais de s'assurer de la correspondance complète des crimes figurant dans le Statut. Chaque fois que cela est possible et ne pose aucune difficulté technique, il serait préférable de se reporter au texte du Statut et de l'intégrer dans la législation nationale pour autant qu'il garde son sens pour pouvoir être appliqué par le juge national. La définition des crimes, à l'exception peut être de quelques adaptations mineures, doit emprunter cette voie. À ceux qui opposeraient un refus fondé sur les risques d'incompréhension par le juge national de notions venues du droit international pénal, il faut rappeler que le contenu de ce droit a été largement précisé par la jurisprudence et n'est donc pas flou⁶⁴. Il n'y a aucun intérêt à créer des notions autonomes dans une branche du droit qui se veut par essence transnationale et dont la véritable force repose sur un langage commun.

Ceci devrait se traduire par trois types de modification.

Première proposition, dans un souci de simplification, le code pénal devrait clairement distinguer le crime de génocide des crimes contre l'humanité. Historiquement, la confusion pouvait se comprendre mais elle n'a plus lieu d'être ! Laisser la situation en l'état en regroupant sous le même chapeau de « crimes contre l'humanité », « le génocide » et « les autres crimes contre l'humanité » est source de confusion et de complication et cela d'autant plus que le crime de génocide est caractérisé prioritairement par l'intention de son auteur alors que le crime contre l'humanité reste un crime révélé par son ou ses éléments matériels. Bien qu'il existe des aspects communs aux deux catégories de crimes, les séparer plus nettement sera source de clarté. Il ne s'agit pas de surcroît d'une opération extrêmement difficile à réaliser.

Deuxième proposition, dans toute la mesure du possible, les crimes internationaux visés par le code pénal doivent correspondre pour une simple question de lisibilité et de compréhension à la définition qu'en donne le Statut de la Cour pénale internationale. La définition des comportements infractionnels constitutifs de crimes relevant de la compétence de la Cour est – pour une fois – suffisamment claire pour que le législateur s'en écarte le moins possible. Certes, il est toujours possible d'ajouter des comportements répréhensibles supplémentaires voire de créer des infractions supplémentaires mais il faut se mettre à la place du juge qui devra appliquer ces dispositions. Si le texte de mise en œuvre est trop éloigné de celui du Statut, cela compliquera une tâche déjà rendue difficile par une pratique peu courante de ce type de poursuites ou d'infractions. Certes, rien n'oblige le législateur à adopter à la lettre la terminologie employée par le Statut de Rome, mais pourquoi compliquer la situation là où la simplicité (ou le bon sens ?) devrait l'emporter et constituer un gage d'efficacité ? Les arguments avancés par le rapporteur au Sénat ne sont guère convaincants. De même, et alors que des avancées extrêmement positives figurent dans l'avis de la Commission des affaires étrangères de l'Assemblée nationale, on comprend mal que l'auteur du rapport ne marque pas plus clairement son engagement en faveur d'un texte lisible et clair contenant un tableau de correspondance entre les articles du Statut et ceux du code pénal. Ce serait la meilleure façon de s'assurer qu'il n'existe aucune différence majeure quant au champ d'application des crimes internationaux.

⁶⁴ À celles et ceux qui brandissent le spectre de difficultés de compréhension de notions venues du droit de *Common Law*, il faut rappeler que le droit international pénal ressemble plus à du droit comparé qu'à du droit international. Les juges pénaux internationaux ont élaborés une jurisprudence extrêmement riche qui a bénéficié d'emprunts de différents systèmes juridiques. Si les critiques concernant la filiation initiale du droit international pénal au système juridique de *Common Law* ont pu être justifiées au départ, ce n'est plus le cas aujourd'hui. Ce droit se veut autonome, tout en empruntant aux différents systèmes juridiques. De surcroît, il existe une tendance – brandie souvent par celles ou ceux qui connaissent mal le droit de *Common Law* – qui consiste à exacerber des différences qui n'en sont en réalité pas : un crime international reste un crime quel que soit le régime juridique dans lequel il est poursuivi et réprimé !

Troisième proposition, les crimes internationaux doivent être intégrés dans un triptyque « crimes de guerre, crimes contre l'humanité, génocide »⁶⁵. La définition des crimes internationaux dans le Statut de la Cour pénale internationale s'est réalisée autour de comportements identifiés qui avaient faits l'objet d'un accord. La définition des crimes de guerre est ainsi issue des conventions internationales⁶⁶ et du droit international coutumier. Bien que l'on ait pu espérer une liste commune pour les crimes commis dans les conflits armés internationaux et ceux commis dans les conflits armés internes, la liste existante a le mérite d'être lisible et de constituer – à la différence des conventions internationales prescrivant ou prohibant certains comportements – un fondement pénal à la poursuite qui peut sans trop de difficultés être repris. Il en va de même pour les crimes contre l'humanité⁶⁷ et pour les crimes de génocide qui quelles qu'en soient les imperfections ont également le mérite d'offrir une plus grande lisibilité que le projet de texte actuel.

En second lieu, malgré les progrès réalisés par le Statut de Rome, il reste un certain nombre de cas où la reprise pure et simple n'est pas possible parce qu'elle ne correspond pas à une notion connue en droit français. Il est donc nécessaire dans ce cas d'adapter le code pénal à des exigences du Statut de Rome qu'il faudra traduire. Là se situe le plus grand défi pour le législateur ! Toutefois, si ce problème existe, il ne faut pas le surestimer ou en faire un alibi à la transformation radicale des exigences du Statut. Si l'on prend par exemple la notion d'entreprise criminelle commune (*joint criminal enterprise*) ou celle de complot (*conspiracy*), il n'y a pas d'équivalent exact en droit français mais l'adaptation de la notion « d'association de malfaiteurs » peut être utilisée pour pallier ces carences. De surcroît et au-delà des seuls crimes internationaux, la coopération internationale en matière pénale oblige les acteurs du système pénal à traduire ces exigences d'un système à l'autre. Ceci ne pose d'ailleurs aucune difficulté à celles et ceux qui le pratiquent quotidiennement.

Notre proposition serait ici de recenser l'ensemble des notions du Statut de Rome qui posent des difficultés en termes de traduction (au sens propre comme au sens figuré) avec le code pénal français de façon à créer ou préciser les notions correspondantes en droit français. Ceci n'a rien d'insurmontable mais demande, notamment en ce qui concerne les formes de participation à la commission de l'infraction, une adaptation claire et concise. Il ne faut pas non plus exacerber les différences entre les systèmes juridiques et considérer que l'origine d'une notion dans un système empêche sa reprise ou son insertion dans un autre système.

En troisième lieu, le texte d'adaptation du code pénal français au Statut de Rome souffre en l'état (si l'on en croit les débats parlementaires sénatoriaux) d'une confusion entre l'exercice de la compétence universelle et les moyens de poursuites dont dispose le juge. Qu'une juridiction ne puisse pas juger une personne soupçonnée d'avoir commis un crime international faute d'éléments suffisants est un fait. Cette impossibilité sera le plus souvent liée à l'absence de preuves. Mais de là à assimiler cette absence de moyens à un déni de compétence juridictionnelle, il y a un pas qu'il n'est pas juridiquement possible de franchir. Dès lors, les critères relatifs à l'exercice de la compétence, liés à la résidence et au caractère habituel de celle-ci, ne sont pas pertinents. Il doit appartenir au juge et à lui seul de déterminer si une personne soupçonnée de crime international peut ou non être jugée en France ou faire l'objet d'une remise ou d'une extradition. Mais le législateur ne doit pas, par la création d'un verrou automatique, empêcher d'appréhender une personne recherchée pour un tel crime au nom du seul critère de résidence.

⁶⁵ Auxquels s'ajoutera le crime d'agression lorsqu'il sera défini. La conférence de révision de la CPI prévue en juin 2010 à Kampala pourrait en être l'occasion.

⁶⁶ Notamment des Conventions de Genève de 1949 et des deux Protocoles additionnels de 1977 mais également des Conventions internationales portant sur l'interdiction ou la limitation de certains moyens et méthodes de combat.

⁶⁷ Hormis peut être pour la définition des crimes contre l'humanité consistant en des « *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* », article 7. 1 k) qui constitue une « clause préventive » pour les comportements futurs que les États devraient préciser en vertu du principe de légalité des crimes et des peines.

Enfin, et peut-être surtout, le projet de loi est en l'état, à notre avis, inconstitutionnel. En effet, en entrant directement en contradiction avec les dispositions du Traité de Rome, ce texte viole non seulement l'article 55 de la Constitution sur la hiérarchie des normes mais de surcroît, il méconnaît également l'article 53-2 de la Constitution qui a reconnu un statut constitutionnel au Statut de la Cour pénale internationale. La conséquence de cette constitutionnalisation n'est pas anodine car si la loi adoptée était déferée au Conseil constitutionnel, celui-ci ne raisonnerait pas nécessairement comme il le fait avec un traité ordinaire. Alors qu'il refuse traditionnellement d'examiner lui-même la conventionnalité d'une loi en renvoyant aux juridictions ordinaires cette question, il est ici confronté à l'application d'un texte constitutionnalisé. Bien que laconique, le texte de l'article 53-2 fait directement référence au Statut de la Cour pénale internationale dans les conditions où il a été signé. En ratifiant ce texte, la France a donc *constitutionnellement* accepté de se soumettre au Statut. L'exigence constitutionnelle n'est donc pas ici la même qu'à l'égard d'un traité ordinaire. Le juge constitutionnel pourrait donc légitimement compte tenu du libellé de l'article 53-2 exiger que le législateur se conforme aux exigences du statut qui ne souffrent pas de difficultés d'interprétation. Ceci ne serait d'ailleurs que pure logique. Comment en effet pourrait-on admettre que d'un côté le Conseil constitutionnel ait par sa décision de 1999 rappelé que le Statut de Rome était un texte d'une importance particulière s'agissant de la protection des droits fondamentaux de la personne humaine et que de l'autre, il puisse se désintéresser des conditions dans lesquelles le législateur le met en œuvre ? Ceci serait d'autant plus surprenant qu'il a – logiquement - exigé la modification de la Constitution pour que cette ratification devienne possible et que le constituant ne s'est pas contenté de limiter la révision aux seuls éléments dont le Conseil avait relevé l'inconstitutionnalité mais a choisi une formule générale et générique englobant l'ensemble du Statut de Rome. À supposer même que le texte adopté ne soit pas déferé au Conseil constitutionnel, la nouvelle procédure de l'article 61-1 de la Constitution, créant un mécanisme de question prioritaire de constitutionnalité, pourrait également être soulevée devant une juridiction française en cas de difficultés.

On nous reprochera peut-être de soulever une tempête dans un verre d'eau et que l'affaire n'est pas aussi grave. Ce serait oublier que la lutte contre les crimes internationaux constitue la sanction de droits fondamentaux indérogeables. L'oublier serait perdre de vue l'effort fait par la communauté internationale depuis deux décennies pour essayer de donner une réalité à la poursuite de tels actes. Ce serait également aller à l'encontre des fondements de notre démocratie. Ce n'est pas parce que ces crimes se sont produits « ailleurs » qu'ils sont moins graves ou qu'ils sont excusables !

Juridiquement, le projet de loi actuel reste partiellement en contradiction avec nos engagements et avec l'idée même de la justice pénale internationale telle qu'elle a été conçue à Rome en juin-juillet 1998 ! Les raisons qui ont motivé sa rédaction sont peut être d'une autre nature que la défense de cette « lutte contre l'impunité » que les hauts responsables de notre pays se plaisent régulièrement à clamer haut et fort dans la presse et les cercles internationaux mais dans ce cas, il faut avoir le courage de le dire ! Le débat y gagnerait en clarté. En l'état, il faut prendre conscience que nous nous éloignons de nos engagements en faveur d'une justice pénale internationale cohérente et réaliste ... Si le projet de loi est adapté dans sa forme actuelle, la situation ainsi créée sera très difficile à modifier et mettra le juge français devant une situation encore plus complexe que celle à laquelle il doit faire face aujourd'hui. Sans militantisme ou parti-pris aucun, même en retournant la question dans tous les sens ou en cherchant à comprendre les justifications avancées par les auteurs du projet qui font le plus souvent figure d'alibi, il faut avoir le courage de le dire : nous méconnaissions encore les règles du Statut de Rome sur lesquelles nous nous sommes engagées ! Est-ce donc si difficile à comprendre ?