



L'universalité des poursuites prise au piège de l'article 689-11 du code de procédure pénale



On ne négocie pas avec la dignité, principe universel par excellence. C'est peu dire que l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 24 novembre 2021 fut vivement critiqué, parce qu'il prit acte de l'impossibilité concrète, à rebours de l'ambition affichée par la France depuis des décennies, de mettre en jeu la compétence universelle dans la répression des crimes les plus graves. Ce qui suscita l'indignation, c'est, au-delà même du sentiment d'impunité, l'idée que cette entrave à la compétence universelle dépendait du bon vouloir de ceux-là mêmes qui pourraient avoir à y faire face. Il y avait dans cette décision, ou plus précisément dans l'impasse qu'elle révélait, un parfum d'incohérence et de renoncement.

Dans le sillage de l'affaire *Lafarge*, à l'occasion de laquelle elle avait retenu en des termes circonscrits la qualification de complicité de crimes contre l'humanité, la chambre criminelle a de nouveau été amenée à se prononcer par un arrêt¹ portant sur la mise en examen d'un ressortissant syrien, mis en cause dans le cadre d'investigations conjointes entre la France et l'Allemagne. Cette enquête avait été ouverte à partir du dossier dit *César*, du nom d'un ancien photographe de la police militaire syrienne qui s'était enfui en 2013 avec plus de 55 000 photographies de cadavres de victimes torturées dans les prisons de ce pays.

L'affaire était inédite en ce qu'il s'agissait d'une mise en examen sur le fondement de la compétence universelle prévue à l'article 689-11 du code de procédure pénale, qui permet aux juridictions françaises d'engager des poursuites pour génocide, crimes contre l'humanité ou crimes de guerre alors même qu'aucun lien de rattachement n'existe entre l'auteur présumé et la France².

Dans cet arrêt de cassation, la chambre criminelle a rejeté la possibilité pour les juridictions françaises d'activer leur compétence universelle. En effet, dès lors que le droit syrien ne consacre pas de manière autonome les crimes contre l'humanité, la condition de réciprocité requise par l'article 689-11 du code de procédure pénale fait défaut, et ce quand bien même le droit syrien en incriminerait les infractions sous-jacentes telles que le meurtre, les actes de barbarie et la torture. Si cet arrêt a été si mal accueilli, c'est parce que l'idée que les auteurs présumés de crimes dont la gravité « révolt[e] la conscience de l'humanité »³ puissent échapper à tout jugement est devenue insupportable. En effet, les restrictions à la mise en jeu de la compétence universelle prévue par le droit français contrarient l'ambition affichée de lutte contre l'impunité, reléguée au rang de déclaration inopérante. Dès lors, on comprend l'émotion suscitée par l'arrêt rendu par la chambre criminelle de la Cour de cassation le 24 novembre 2021. Il fut reproché à la Cour d'avoir « empêché le jugement d'un présumé tortionnaire syrien »⁴, tant et si bien que le 9 février 2022, les ministères des Affaires étrangères et de la Justice se déclarèrent « prêts » à faire évoluer la législation française⁵.

Cette évolution serait extrêmement bienvenue. En effet, si, au premier abord, la haute juridiction semble avoir retenu une application restrictive et littérale de l'article 689-11 du code de procédure pénale, on peut douter qu'il puisse en aller autrement, au regard des

e application restrictive et littérale de l'article 689-11 du code de procédure pénale, on peut douter qu'il puisse en aller autrement, au regard des limites clairement posées par la loi. Surtout, et dès lors que l'état du droit entraîne une remise en cause du caractère universel de la lutte contre les crimes internationaux, la version actuelle de l'article 689-11 du code de procédure pénale ne peut légitimement prospérer sans que la question de sa conformité à la Constitution soit soulevée.

Une conséquence choquante mais inévitable de la condition de double incrimination prévue à l'article 689-11 du code de procédure pénale

En retenant que « l'exigence posée par l'article 689-11 du code de procédure pénale [...] 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 »⁶, la chambre criminelle de la Cour de cassation ne pouvait mieux souligner le caractère excessivement restrictif de la compétence universelle française.

Il est vrai que les versions successives de ce texte, issues des lois du 9 août 2010⁷ et du 23 mars 2019⁸, ont significativement restreint le recours à la compétence universelle s'agissant des crimes prohibés par le Statut de Rome. Ainsi, ses quatre conditions cumulatives sont-elles souvent qualifiées de verrous : i) l'auteur présumé des faits doit avoir en France sa résidence habituelle ; ii) la poursuite de ces crimes ne peut être exercée qu'à la requête du procureur de la République antiterroriste, excluant ainsi toute possibilité pour les victimes d'enclencher l'action publique par le jeu d'une plainte avec constitution de partie civile ; iii) aucune juridiction internationale ou nationale ne doit avoir demandé la remise ou l'extradition de la personne, en contradiction avec le Statut de Rome, qui prévoit l'intervention de la Cour pénale internationale (CPI) en cas de défaillance des tribunaux nationaux ; iv) surtout, l'État dont l'auteur des faits a la nationalité doit être partie au Statut de Rome ou encore incriminer les faits dans sa législation – exigence toutefois supprimée s'agissant du crime de génocide, par la loi du 23 mars 2019. Le principe d'une limitation de la compétence universelle se comprend dès lors que cette restriction est justifiée par la finalité même des poursuites et dictée par le bon sens. À cet égard, l'existence de liens suffisants avec la France, notamment par la présence sur notre sol de la personne poursuivie, n'est pas tant un verrou inspiré par une quelconque prudence diplomatique que la condition nécessaire à l'effectivité des poursuites. On voit mal en effet ce qui placerait la justice française en situation d'enquêter efficacement et de juger équitablement des crimes que rien ne rattacherait à la France.

C'est l'exigence de réciprocité, dite condition de double incrimination, qui a conduit la chambre criminelle à écarter la compétence des juridictions françaises. L'existence même de cette condition, si fermement posée par la loi qu'elle laissait peu de marge d'interprétation, a profondément choqué. Certes, la chambre criminelle aurait pu considérer, de concert avec la chambre de l'instruction, que la condition de double incrimination « n'exige pas que l'État punisse "les crimes contre l'humanité", mais seulement que les "faits" concernés soient incriminés, même sous une autre qualification »⁹. En n'exigeant plus qu'une réciprocité d'incrimination concernant les infractions sous-jacentes des crimes contre l'humanité, la chambre criminelle se serait ainsi alignée avec ses décisions en matière de mandat d'arrêt européen, concernant les infractions les plus graves¹⁰.

Une telle solution aurait surtout permis d'élargir considérablement le champ de la compétence universelle, dont l'exigence de double incrimination entrave efficacement l'activation. Ainsi qu'une auteure le rappelle, l'incrimination des crimes contre l'humanité en droit interne a en effet vu sa formulation varier d'un État à un autre, certains ayant fait le choix d'une législation reprenant la définition textuelle de l'article 7 du Statut de Rome, tandis que d'autres l'ont adaptée en des termes différents, s'agissant notamment des comportements incriminés ou de la détermination de la sanction¹¹. La transposition en

droit français des crimes contre l'humanité n'est pas exempte de ces particularismes, puisqu'elle pose la condition d'un « plan concerté », notion qui n'existe dans aucune autre législation et qui fait débat depuis sa consécration. L'exigence d'une identité d'incrimination – et, *a fortiori*, de l'existence d'un plan concerté dans la législation de l'État de l'auteur des faits – vide donc nécessairement la compétence universelle de sa substance, contrairement à la lecture de l'article 689-11 proposée par la chambre de l'instruction.

La Cour de cassation aurait également pu se contenter de « l'existence dans cette législation d'une infraction comportant un élément constitutif relatif à une attaque lancée contre une population civile », sans exiger que soit incriminée la notion de plan concerté. Une telle approche, moins radicale que celle de la chambre de l'instruction, aurait été cohérente avec la plupart des transpositions des crimes contre l'humanité en droit interne, dont les critères d'attaque massive ou systématique à l'encontre de la population civile constituent généralement « le plus petit dénominateur commun »¹². Cette solution serait toutefois demeurée insatisfaisante s'agissant des infractions commises dans les États qui, à l'instar de la Syrie, ne sont pas parties au Statut de Rome et ne pénalisent pas les crimes contre l'humanité. Les juridictions françaises seraient donc incompétentes, alors même que c'est précisément dans ces hypothèses que la compétence universelle prend tout son sens, faute pour le procureur de la CPI de pouvoir se saisir de l'affaire.

La Cour de cassation a manifestement considéré que la loi ne lui laissait pas cette faculté. Avant même qu'elle ait à se prononcer, la question avait déjà fait couler beaucoup d'encre et l'article 689-11 n'a cessé de faire l'objet d'amendements visant, en vain, à élargir le champ de la compétence universelle. À l'occasion des débats parlementaires de la loi du 23 mars 2019, dont est issu l'article dans sa version actuelle, un amendement adopté par la commission des lois du **Sénat**¹³ avait ainsi supprimé l'exigence de double incrimination, avant que l'Assemblée nationale la rétablisse¹⁴. En mai 2021, un amendement similaire fut de nouveau déposé¹⁵. Sans doute la Cour de cassation a-t-elle entendu mettre en évidence la contradiction entre l'objectif du texte – la lutte contre l'impunité – et l'inévitable impasse à laquelle conduit son application. Une réforme législative s'impose donc sans qu'elle soit conditionnée, ainsi que l'ont indiqué les ministères de la Justice et des Affaires étrangères, aux prochaines décisions de justice rendues en la matière¹⁶.

L'universalité en échec

L'arrêt du 24 novembre 2021 a donc le mérite de souligner une situation particulièrement choquante : l'article 689-11 du code de procédure pénale est incompatible avec la *ratio legis* de la compétence universelle, qui tire son fondement tout à la fois de la gravité des crimes internationaux et de la notion d'universalité à laquelle renvoient ces infractions. Il est surtout incohérent avec la volonté affichée des autorités françaises de participer à la lutte contre les crimes internationaux.

Pourtant, l'exigence d'une double incrimination, présente dans d'autres domaines du droit pénal, n'est pas en elle-même critiquable. Elle constitue même une garantie pour tous les justiciables, précisément contre l'arbitraire de certains régimes qui prévoient des incriminations que notre droit ne connaît pas ou qui ont été abandonnées. Mais, s'agissant du crime contre l'humanité, dont la particularité réside justement son universalité, cette exigence de double incrimination ne se justifie pas. Parce que le crime est réputé porter atteinte à l'humanité tout entière, il est inconcevable de laisser entre les mains de ceux qui sont susceptibles de se le voir reprocher la faculté d'échapper aux poursuites, et ce par leur seule décision. En effet, les dirigeants des régimes tyranniques ont par hypothèse le pouvoir de veiller à ce que les faits visés ne soient pas chez eux qualifiés de façon suffisamment concordante pour qu'il puisse être question de double incrimination. Autrement dit, le verrou est d'autant moins acceptable que le tyran en

détient la clé.

Ce constat rend d'autant plus nécessaire la réforme législative promise par les ministères des Affaires étrangères et de la Justice, qui rappelaient dans leur communiqué du 9 février 2022 l'importance « de permettre à la France de continuer à inscrire résolument son action dans le cadre de son engagement constant en faveur de l'impunité des crimes internationaux »¹⁷. En effet, aucun pays n'est autant que la France associé à la défense de l'universel. C'est pourquoi le refus constant du législateur de modifier jusqu'à aujourd'hui l'article 689-11 paraît incohérent, même s'il peut s'expliquer par la crainte des excès supposés d'une compétence universelle absolue, entraînant dans son sillage une mise en tension des relations diplomatiques et une multiplication de procédures vaines exposant les victimes à l'incompréhension. Cette crainte n'est pas propre à la France : après que leurs tribunaux se sont déclarés compétents dans de nombreuses affaires avec laquelle ils ne disposaient d'aucun lien de rattachement, la Belgique (loi du 5 août 2003)¹⁸ et l'Espagne (loi du 13 mars 2014) durent restreindre le champ de leur compétence universelle en exigeant en particulier que l'auteur du crime ait sa résidence habituelle sur leur territoire.

Le particularisme de la position française tient cependant à un décalage entre la volonté constamment affichée de lutter contre l'impunité et, au bout du compte, une compétence universelle désormais excessivement restreinte. De la fondation de l'Organisation des Nations unies à celle de la CPI en passant par les « mécanismes internationaux de justice pénale »¹⁹, la France a en effet joué un rôle déterminant pour la promotion des droits de l'homme et la lutte contre les crimes contre l'humanité. Ainsi a-t-elle activement contribué à la rédaction de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, puis aux grandes conventions internationales.

Plus récemment, cet engagement s'est également traduit par la création en 2012 d'un pôle Crimes contre l'humanité, crimes et délits de guerre au sein du tribunal judiciaire de Paris²⁰. Ce pôle a notamment permis quatre procès d'assises concernant le génocide des Tutsis au Rwanda, ainsi que le développement d'enquêtes préliminaires et d'informations judiciaires²¹. Parmi elles figure l'enquête franco-allemande sur le dossier César, d'où est issue l'affaire ici commentée et en vertu de laquelle se sont tenus les procès, devant le tribunal allemand de Coblenz, de deux anciens agents des renseignements militaires syriens²².

En constatant l'attachement du législateur à une compétence universelle bridée, la Cour de cassation consacre une rupture dans cet engagement de la France. Les précautions qui devaient protéger nos intérêts diplomatiques risquent au contraire d'affaiblir l'influence de la France dans les enceintes multilatérales, suspendant les enquêtes et informations judiciaires en cours et laissant à l'Allemagne et d'autres pays la charge de les poursuivre conjointes²³. Plus encore, cette pusillanimité affaiblit le rôle que jouera désormais la France dans la promotion de la justice pénale internationale et, plus généralement, sa crédibilité dans le concert des nations. Car, s'il est une cause attachée à la marque France, c'est bien celle l'universalité des droits fondamentaux.

C'est la raison pour laquelle une réforme législative doit être engagée immédiatement, sans attendre de nouvelles décisions de la chambre criminelle, qui n'aurait d'autre choix que de confirmer son arrêt du 24 novembre 2021. Cette réforme s'impose d'autant plus que les possibilités de contestation de l'article 689-11 qu'offre au justiciable la question prioritaire de constitutionnalité semblent compromises. Le Conseil constitutionnel s'est en effet déjà prononcé en 2010 sur sa conformité à la Constitution, tout en jugeant, par ailleurs, que l'article 53-2 de la Constitution qui confère un statut constitutionnel à la CPI ne lui permet pas de contrôler la compatibilité de la loi du 9 août 2010 avec le Statut de Rome²⁴. Il en aurait été autrement si le Conseil constitutionnel avait préalablement érigé l'universalité au rang des principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France.

Car c'est précisément en l'universalité que les sources du droit concordent avec les valeurs de la diplomatie et cette idée simple qu'il n'y a pas deux façons différentes de souffrir de la torture selon les latitudes, qui s'imposait d'évidence en 1948 lors de la Déclaration universelle des droits de l'homme, est aujourd'hui contestée partout dans le monde.

Notes

1. Crim. 24 nov. 2021, n° 21-81.344, Dalloz actualité, 6 déc. 2021, obs. M. Dominati ; D. 2022. 148 ; *ibid.* 144, avis R. Salomon ; *ibid.* 150, note G. Poissonnier ; AJ pénal 2022. 80, note Kevin Mariat .

2. Jusqu'alors, la Cour de cassation n'avait rendu qu'une décision sur ce fondement, dans laquelle elle confirmait simplement la conformité de l'article à la convention portant statut de la Cour pénale internationale (dit Statut de Rome) ; v. Crim. 4 janv. 2011, n° 10-87.760, Dalloz actualité, 28 janv. 2011, obs. M. Bombled ; D. 2011. 716 , note P. Gréciano .

3. Déclaration universelle des droits de l'homme (1948), Préambule, 2° al.

4. C. Ayad, La Cour de cassation empêche le jugement d'un présumé tortionnaire syrien , Le Monde, 1^{er} déc. 2021 ; *adde* P. Januel, Crimes contre l'humanité : une cinquantaine d'enquêtes menacées, Dalloz actualité, 17 févr. 2022.

5. Le Figaro avec AFP, Crimes contre l'humanité : le gouvernement prêt à modifier la loi sur la compétence de la justice française, 9 févr. 2022.

6. Crim. 24 nov. 2021, n° 21-81.344, § 13.

7. L. n° 2010-930 du 9 août 2010 portant adaptation du droit pénal à l'institution de la Cour pénale internationale.

8. L. n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice (loi de programmation pour la justice).

9. V. l'arrêt de la chambre de l'instruction, cité par le conseiller rapporteur dans son avis, p. 16.

10. En 2018, la chambre criminelle avait en effet admis, s'agissant d'une espèce relative à un mandat d'arrêt européen, que « la qualification selon l'État requérant ne fasse pas l'objet d'un contrôle autre que celui de l'existence des faits pouvant supporter cette qualification » (v. Crim. 24 mai 2018, n° 17-86.340, Dalloz actualité, 18 juin 2018, obs. H. Diaz ; D. 2018. 1154 ; *ibid.* 1480, entretien A. Gogorza ; AJ pénal 2018. 375, obs. C. Courtin ; *ibid.* 472, obs. C. Otero). Cet arrêt était d'ailleurs cité par le conseiller rapporteur dans son avis, ce dernier s'opposant toutefois à considérer que cette jurisprudence puisse être transposée à la compétence universelle (p. 18-19).

11. E. Fronza, « Chapitre II. La réception des crimes contre l'humanité en droit interne », in M. Delmas-Marty (dir.), *Le crime contre l'humanité*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 2018, p. 43-79, § 8-10.

12. *Ibid.*, § 8.

13. L'amendement, reprenant le contenu d'une proposition de loi présentée par le président Jean-Pierre Sueur et adoptée par le **Sénat** en 2013, réduisait également l'exigence d'une résidence habituelle à une simple présence sur le territoire français.

14. À l'exception du crime de génocide ; v. les modifications apportées par l'Assemblée nationale à l'occasion d'une séance publique, le 11 déc. 2018.

15. V. l'amendement CL444 proposé par M. Aurélien Taché à la commission des lois examinant les projets de loi pour la confiance dans l'institution judiciaire (n° 4091) et du projet de loi organique pour la confiance dans l'institution judiciaire (n° 4092), à

l'occasion d'une session du 6 mai 2021.

16. Le Figaro avec AFP (préc. note 5).

17. *Ibid.*

18. V. A. Bailleux, L'histoire de la loi belge de compétence universelle. Une valse à trois temps : ouverture, étroitesse, modestie, *Droit et Société*, 59, 2005, p. 107-135.

19. V. le communiqué des ministres des Affaires étrangères du G7, Dinard/Saint-Malo, 6 avr. 2019, § 23.

20. La création de ce pôle était prévue par la loi n° 2011-1862 du 13 déc. 2011.

21. V. l'interview de la magistrate Aurélia Devos, précédemment en charge du pôle crimes contre l'humanité, crimes et délits de guerre du tribunal judiciaire de Paris ; ministère de la Justice, Crimes contre l'humanité : bilan du pôle du TGI de Paris, 17 oct. 2018.

22. Après avoir condamné, en février 2021, Eyad Al-Gharib, subalterne, à quatre ans et demi de prison des chefs de complicité de crimes contre l'humanité, la haute cour régionale de Coblenz a condamné, le 13 janvier 2022, Anwar Raslan, ancien colonel des services de renseignements syriens, à une peine de prison à vie pour crimes contre l'humanité.

23. V., sur ce point, la tribune parue dans le journal *Le Monde* de la magistrate Aurélia Devos, La France pourrait-elle devenir un refuge d'impunité pour les criminels contre l'humanité ?, *Le Monde*, 16 déc. 2021.

24. Cons. const. 5 août 2010, n° 2010-612 DC, Dalloz actualité, 1^{er} sept. 2010, obs. S. Lavric ; RSC 2011. 173, obs. B. de Lamy . Pour commentaire, v. l'avis du rapporteur de la Cour de cassation dans l'arrêt commenté, p. 11-13 et 21-22.