



RAPPORT DE M. GUERY , CONSEILLER

Arrêt n° 1269 du 24 novembre 2021 – Chambre Criminelle

Pourvoi n° 2181344

Décision attaquée : arrêt de la chambre de l'instruction de la cour d'appel de Paris, 7ème section, 18 février 2021

M. [R] [S]

C/

M. [R] [S] a formé un pourvoi contre l'arrêt de la chambre de l'instruction de la cour d'appel de Paris, 7e section, en date du 18 février 2021, qui, dans l'information suivie contre lui, des chefs de torture ou acte de barbarie, crime contre l'humanité et complicité de crime contre l'humanité, a prononcé sur la demande d'annulation de pièces de la procédure.

Doctrine.

Les articles consacrés à cette question ne sont pas très nombreux et la plupart date de 2010-2011, parfois même sur le projet déposé avant son vote. On pourra néanmoins consulter, en dehors des ouvrages spécialisés et des fiches d'Encyclopédies :

H. Ascencio « Une entrée mesurée dans la modernité du droit international pénal À propos de la loi du 9 août 2010 », JCP 2010, doct. 910.
J. Baroudy, « La compétence universelle en mutation... (À propos de la loi française no 2010-930, 9 août 2010) », URSC 2011. 228Ü.
A. Giudicelli, « Actualité de la « compétence universelle » », RSC 2019. 479.
É. Le Gall « De la Cour d'assises de Paris à l'Assemblée nationale : retour sur la compétence universelle comme instrument de répression des crimes internationaux, AJ Pénal 2014 p.148
Ph. Xavier et A Desmarest, « Remarques critiques relatives au projet de loi " portant adaptation du droit pénal français à l'institution de la Cour pénale internationale », Revue française de droit constitutionnel 2010/1 (n° 81), pages 41 à 65

1. RAPPEL DES FAITS ET DE LA PROCÉDURE

Le 18 décembre 2017, l'Office français pour la Protection des Réfugiés et des Apatrides (OFPRA), portait à la connaissance du pôle spécialisé du Parquet de PARIS sa décision prise le 25 août 2017 d'exclure de la protection internationale le nommé [R] [S], ressortissant syrien.

La décision de rejet de la demande d'asile déposée par l'intéressé était motivée par l'existence de raisons plausibles de soupçonner que celui-ci s'était rendu coupable d'agissements relevant de l'article 1^{er} Fc de la Convention de Genève, et d'avoir participé à la répression de manifestations de l'opposition au régime syrien, ainsi qu'à l'arrestation de civils à l'occasion de ces événements et lors d'opérations de contrôles sur des barrages, faits commis de 2011 à 2013 alors qu'il avait été mobilisé comme réserviste de l'armée syrienne au sein de la branche 295 puis de la branche 40 de la Direction des Renseignements Généraux.

Il résultait des documents transmis par l'OFPRA qu'il avait connaissance du fait que les personnes qu'il arrêtaient pourraient ensuite être soumises à la torture.

L'un des documents annexés à la décision de rejet de la demande d'asile de l'OFPRA faisait état de l'ouverture par le parquet de Paris, en septembre 2015, d'une enquête des chefs de crimes contre l'humanité des suites de la publication du Rapport César, contenant près de 55 000 photographies de corps torturés dans les prisons syriennes, dont 11 000 authentifiées par des experts. Les branches 251 et 295 de la Direction des Renseignements Généraux syriens étaient citées dans ce rapport comme celles dont provenaient un grand nombre de ces clichés.

Le 9 janvier 2018, le parquet de Paris a, en conséquence, saisi l'Office Central de Lutte contre les Crimes contre l'Humanité, les Génocides et les Crimes de Guerre et demandé l'ouverture d'une enquête préliminaire des chefs d'actes de torture, de crimes contre l'humanité et complicité de ces crimes.

Les investigations menées permettaient la localisation du nommé [R] [S], puis, le 12 février 2019, de procéder à son interpellation à ASNIÈRES SUR SEINE.

Par décision du 26 novembre 2018, la Cour Nationale du Droit d'Asile (CNDA) annulait la décision de l'OFPRA du 25 août 2017 et reconnaissait la qualité de réfugié à [R] [S].

Le 15 février 2019, le parquet de Paris ouvrait une information contre [R] [S] des chefs de :

- actes de torture, commis en Syrie entre mars 2011 et fin août 2013,
- crimes contre l'humanité (atteinte volontaire à la vie, emprisonnement ou toute autre forme de privation grave de liberté physique en violation des dispositions fondamentales au droit international, torture, viol) commis en Syrie entre mars 2011 et fin août 2013,
- complicité de l'ensemble de ces crimes, commis en Syrie entre mars 2011 et fin août 2013.

Il était mis en examen le même jour pour s'être en Syrie, à Damas entre mars 2011 et fin août 2013 rendu complice, notamment en tant que réserviste affecté à la direction des renseignements généraux au sein de la branche 295 et à la section 40 de la branche 251 [K], en exécution d'un plan concerté à rencontre d'un groupe de population civile, à savoir sur des personnes identifiées par le régime syrien comme des opposants politiques réels ou supposés ou des membres de leur famille pouvant être des mineurs, dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique, des actes de :

- emprisonnement ou toute autre forme de privation grave de liberté physique en violation des dispositions fondamentales du droit international,
- torture,
- viol,

- atteinte volontaire à la vie en l'espèce, notamment en participant à l'identification des manifestants, à la répression armée des manifestants, à des arrestations arbitraires et aux mauvais traitements infligés aux personnes arrêtées (complicité de crimes contre l'humanité).

Il a été placé en détention provisoire.

Par requête déposée le 12 août 2019, le conseil de [R] [S] a sollicité que soient prononcées la nullité du procès-verbal d'interpellation, de sa garde-à-vue et de l'ensemble des actes subséquents notamment la mise en examen de l'intéressé.

Il a fait valoir que les juridictions françaises étaient incompétentes, en ce que la Syrie n'est pas un Etat partie au statut de Rome de 1998, que les crimes contre l'humanité ne sont pas incriminés en Syrie et qu'il n'est pas rapporté la preuve de la déclinaison de la compétence de la cour pénale internationale. Il a par ailleurs prétendu qu'il n'existait pas, en l'espèce, d'indices graves et concordants.

Par arrêt du 18 février 2021, la chambre de l'instruction de Paris a rejeté la requête.

Le même jour un avocat a déposé un pourvoi en cassation aux intérêts de M. [S].

Le 25 février 2021, la SCP Thouvenin, Coudray et Grévy s'est constituée en demande.

Le 15 mars 2021, elle a déposé une requête en admission immédiate du pourvoi.

Par ordonnance du 17 mai 2021, le président de la chambre criminelle a fait droit à cette demande.

Le 4 juin 2021, la SCP Thouvenin, Coudray et Grévy a déposé un mémoire ampliatif.

2. ANALYSE SUCCINCTE DES MOYENS

Le mémoire déposé articule **deux moyens de cassation**.

Le **premier moyen** de cassation reproche à l'arrêt d'avoir retenu la compétence des juridictions françaises.

Il est divisé en trois branches.

Selon la première, la compétence des juridictions françaises pour connaître de faits constitutifs de crime contre l'humanité commis à l'étranger suppose soit que l'Etat où les faits ont été commis ou dont le mis en examen a la nationalité soit partie au statut de Rome, soit que les faits pour lesquels le mis en examen est poursuivi soient incriminés dans l'Etat dans lequel ils ont été perpétrés. En l'espèce, pour retenir que la condition de la double incrimination était remplie, l'arrêt attaqué a considéré que si les crimes contre l'humanité n'étaient pas expressément visés comme tels dans le code pénal syrien, celui-ci incriminait le meurtre, les actes de barbarie, le viol, les violences et la torture, tandis que la Constitution syrienne interdisait la torture et incriminait les atteintes aux libertés publiques, la Syrie étant partie à de nombreux traités, dont les Conventions de Genève, ajoutant que ces crimes étaient des éléments constitutifs du crime contre l'humanité. En statuant ainsi tout en relevant que les crimes contre l'humanité n'étaient pas expressément visés comme tels dans le code pénal syrien, et sans constater que la Syrie aurait été partie au statut de Rome, la chambre de l'instruction n'a pas justifié légalement sa décision au regard des articles 689 et 689-11 du code de procédure pénale.

La seconde branche relève que M. [S] avait fait valoir (v. son mémoire, pp. 5 et 6) que non seulement les faits de crime contre l'humanité et a fortiori ceux de complicité de ce crime n'étaient pas incriminés en Syrie, mais en outre et surtout un décret daté de 1950 garantissait aux services de renseignements militaires et à l'armée de l'air une immunité de poursuite pour les crimes commis dans l'exercice de leurs fonctions, ce dont il résultait que la Syrie n'incriminait pas les faits reprochés à l'exposant à une époque où il était affecté à la Direction des renseignements généraux ; qu'en retenant le contraire sans répondre à cette articulation essentielle du mémoire du mis en examen, la chambre de l'instruction a méconnu les exigences de l'article 593 du code de procédure pénale.

Enfin, en se bornant à retenir que, n'étant compétente que pour des faits commis sur le territoire d'Etats parties au statut de Rome, ce qui n'était pas le cas de la Syrie, la Cour pénale internationale ne pouvait décliner une compétence qu'elle ne possédait pas, quand il lui appartenait de vérifier que le ministère public avait accompli les diligences mises à sa charge par les dispositions de l'article 689-11 du code de procédure pénale, la chambre de l'instruction a privé sa décision de base légale au regard de l'article 689-11 du code de procédure pénale (troisième branche).

Le **second moyen de cassation** est noté subsidiaire. Il reproche à l'arrêt attaqué d'avoir décidé n'y avoir lieu à l'annulation d'un acte ou d'une pièce de la procédure et constaté la régularité de la procédure pour le surplus jusqu'à la cote D 546 alors que

à peine de nullité, le juge d'instruction ne peut mettre en examen que les personnes à l'encontre desquelles il existe des indices graves ou concordants rendant vraisemblable qu'elles aient pu participer, comme auteur ou comme complice, à la commission des infractions dont il est saisi. En retenant à l'encontre de l'exposant l'existence d'indices graves et concordants « qu'il ait pu participer comme complice au crime visé », sans caractériser à son encontre aucun acte positif de nature à constituer des indices graves et concordants d'avoir commis en qualité de complice des faits de crimes contre l'humanité, la chambre de l'instruction n'a conféré à sa décision aucune base légale au regard de l'article 80-1 du code de procédure pénale.

3. DISCUSSION

Nous adopterons le plan suivant :

I Sur la compétence des juridictions françaises.

1. Argumentation du pourvoi.
2. Le Statut de la CPI et la Convention de Rome.
3. La loi française.
4. Jurisprudence de la chambre criminelle.
5. Motivation de la chambre de l'instruction.
6. La condition de réciprocité.
 - a) le parallèle avec la procédure d'extradition.
 - b) doctrine.
 - c) analyse.
7. Immunité prévue par le droit syrien.
7. L'absence de déclin de sa compétence par la CPI.

II. Sur les indices graves ou concordants.

1. Motivation de la chambre de l'instruction.
2. Le contrôle des indices graves ou concordants par la chambre criminelle

Sur la compétence des juridictions françaises.

1. Argumentation du pourvoi.

Le mémoire soutient que quatre conditions cumulatives sont nécessaires pour retenir la compétence des juridictions françaises : - la double incrimination, - la résidence habituelle en France, - le refus exprès de sa compétence par la Cour pénale internationale, - le monopole du ministère public pour engager les poursuites.

Il prétend que l'incrimination en droit syrien du crime contre l'humanité n'existe pas et que la chambre de l'instruction a uniquement relevé des infractions de droit commun du code pénal syrien, qui ne constituent que des composantes de l'infraction de crime contre l'humanité et non pas cette infraction elle-même.

Il soutient par ailleurs que la personne mise en examen faisait valoir (v. son mémoire, pp. 5 et 6) que, non seulement les faits de crime contre l'humanité et *a fortiori* ceux de complicité de ce crime n'étaient pas incriminés en Syrie, mais en outre et surtout, un

décret daté de 1950 garantissait aux services de renseignements militaires et à l'armée de l'air une immunité de poursuite pour les crimes commis dans l'exercice de leurs fonctions. En 1969 et 2008, deux décrets avaient étendu cette immunité aux agents de la Sûreté Générale, de la Sûreté Politique, de la police et des douanes.

Il prétend que la chambre de l'instruction n'a pas légalement justifié sa décision au regard de l'article 689-11 précité en tenant comme remplie la condition du refus de compétence de la CPI. En se bornant à retenir que la CPI n'étant compétente que pour des faits commis sur le territoire d'Etats parties au statut de Rome, ce qui n'était pas le cas de la Syrie, la Cour pénale internationale ne pouvait décliner une compétence qu'elle ne possédait pas, quand il lui appartenait de vérifier que le ministère public avait accompli les diligences mises à sa charge par les dispositions de l'article 689-11 du code de procédure pénale, la chambre de l'instruction n'a pas donné de base légale à sa décision.

2. Le Statut de la CPI et la Convention de Rome.

Le 17 juillet 1998 à Rome, une conférence diplomatique a adopté le statut de la Cour pénale internationale, compétente en matière de génocide, de crimes contre l'humanité et de crimes de guerre.

La France a ratifié le traité de Rome le 9 juin 2000, après qu'eut été introduit dans la Constitution, à la suite de la décision no 98-408 DC du 22 janvier 2010 du Conseil constitutionnel, l'article 53-2 ainsi rédigé; "*La République peut reconnaître la juridiction de la Cour pénale internationale dans les conditions prévues par le traité signé le 18 juillet 1998*".

Le traité de Rome est entré en vigueur le 1er juillet 2002, après sa ratification par 60 pays.

D'après le site de la CPI, aujourd'hui, 123 pays sont États Parties au Statut de Rome de la Cour pénale internationale. Parmi eux, 33 sont membres du groupe des États d'Afrique, 19 sont des États d'Asie et du Pacifique, 18 sont des États d'Europe Orientale 28 sont des États d'Amérique Latine et des Caraïbes, et 25 sont membres du Groupe des États d'Europe occidentale et autres États.

Il faut toutefois relever que la Chine, la Russie, les USA et Israël ne sont pas parties.

Voici le préambule de ce Statut :

Statut de Rome de la Cour pénale internationale

PRÉAMBULE

*Les États Parties au présent Statut,
Conscients que tous les peuples sont unis par des liens étroits et que leurs cultures forment un patrimoine commun, et soucieux du fait que cette mosaïque délicate puisse être brisée à tout moment,
Ayant à l'esprit qu'au cours de ce siècle, des millions d'enfants, de femmes et d'hommes ont été victimes d'atrocités qui défient l'imagination et heurtent profondément la conscience humaine,
Reconnaissant que des crimes d'une telle gravité menacent la paix, la sécurité et le*

bien-être du monde, 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,

Réaffirmant les buts et principes de la Charte des Nations Unies et, en particulier, que tous les États doivent s'abstenir de recourir à la menace ou à l'emploi de la force, soit contre l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique de tout État, soit de toute autre manière incompatible avec les buts des Nations Unies,

Soulignant à cet égard que rien dans le présent Statut ne peut être interprété comme autorisant un État Partie à intervenir dans un conflit armé ou dans les affaires intérieures

d'un autre État,

Déterminés, à ces fins et dans l'intérêt des générations présentes et futures, à créer une cour pénale internationale permanente et indépendante reliée au système des Nations Unies, ayant compétence à l'égard des crimes les plus graves qui touchent l'ensemble de la communauté internationale,

Soulignant que la cour pénale internationale dont le présent Statut porte création est complémentaire des juridictions pénales nationales,

Résolus à garantir durablement le respect de la justice internationale et sa mise en oeuvre,

Sont convenus de ce qui suit :

La compétence de la Cour est déterminée par l'article 5 de son statut, lequel est ainsi rédigé:

Article 5 Crimes relevant de la compétence de la Cour

1. 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) Les crimes contre l'humanité ;*
- c) Les crimes de guerre ;*
- d) Le crime d'agression.*

2. La Cour exercera sa compétence à l'égard du crime d'agression quand une disposition aura été adoptée conformément aux articles 121 et 123, qui définira ce crime et fixera les conditions de l'exercice de la compétence de la Cour à son égard. Cette disposition devra être compatible avec les dispositions pertinentes de la Charte des Nations Unies ».

L'article 7 définit très précisément ce que sont les crimes contre l'humanité au sens du Statut de Rome :

« Article 7

CRIMES CONTRE L'HUMANITÉ

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

:

- a) Meurtre ;
- b) Extermination ;
- c) Réduction en esclavage ;
- d) Déportation ou transfert forcé de population ;
- e) Emprisonnement ou autre forme de privation grave de liberté physique en violation des dispositions fondamentales du droit international ;
- f) Torture ;
- g) Viol, esclavage sexuel, prostitution forcée, grossesse forcée, stérilisation forcée ou toute autre forme de violence sexuelle de gravité comparable ;
- h) Persécution de tout groupe ou de toute collectivité identifiable pour des motifs d'ordre politique, racial, national, ethnique, culturel, religieux ou sexiste au sens du paragraphe 3, ou en fonction d'autres critères universellement reconnus comme inadmissibles en droit international, en corrélation avec tout acte visé dans le présent paragraphe ou tout crime relevant de la compétence de la Cour ;
- i) Disparitions forcées de personnes ;
- j) Crime d'apartheid ;
- k) Autres actes inhumains de caractère analogue causant intentionnellement de grandes souffrances ou des atteintes graves à l'intégrité physique ou à la santé physique ou mentale.

2. Aux fins du paragraphe 1 :

- a) Par « attaque lancée contre une population civile », on entend le comportement qui consiste en la commission multiple d'actes visés au paragraphe 1 à l'encontre d'une population civile quelconque, en application ou dans la poursuite de la politique d'un État ou d'une organisation ayant pour but une telle attaque ;
- b) Par « extermination », on entend notamment le fait d'imposer intentionnellement des conditions de vie, telles que la privation d'accès à la nourriture et aux médicaments, calculées pour entraîner la destruction d'une partie de la population ;
- c) Par « réduction en esclavage », on entend le fait d'exercer sur une personne l'un quelconque ou l'ensemble des pouvoirs liés au droit de propriété, y compris dans le cadre de la traite des être humains, en particulier des femmes et des enfants ;
- d) Par « déportation ou transfert forcé de population », on entend le fait de déplacer de force des personnes, en les expulsant ou par d'autres moyens coercitifs, de la région où elles se trouvent légalement, sans motifs admis en droit international ;
- e) Par « torture », on entend le fait d'infliger intentionnellement une douleur ou des souffrances aiguës, physiques ou mentales, à une personne se trouvant sous sa garde ou sous son contrôle ; l'acceptation de ce terme ne s'étend pas à la douleur ou aux souffrances résultant uniquement de sanctions légales, inhérentes à ces sanctions ou occasionnées par elles ;
- f) Par « grossesse forcée », on entend la détention illégale d'une femme mise enceinte de force, dans l'intention de modifier la composition ethnique d'une population ou de commettre d'autres violations graves du droit international. Cette définition ne peut en aucune manière s'interpréter comme ayant une incidence sur les lois nationales relatives à la grossesse ;
- g) Par « persécution », on entend le déni intentionnel et grave de droits fondamentaux en violation du droit international, pour des motifs liés à l'identité du groupe ou de la

collectivité qui en fait l'objet ;

h) Par « crime d'apartheid », on entend des actes inhumains analogues à ceux que vise le paragraphe 1, commis dans le cadre d'un régime institutionnalisé d'oppression systématique et de domination d'un groupe racial sur tout autre groupe racial ou tous autres groupes raciaux et dans l'intention de maintenir ce régime ;

i) Par « disparitions forcées de personnes », on entend les cas où des personnes sont arrêtées, détenues ou enlevées par un État ou une organisation politique ou avec l'autorisation, l'appui ou l'assentiment de cet État ou de cette organisation, qui refuse ensuite d'admettre que ces personnes sont privées de liberté ou de révéler le sort qui leur est réservé ou l'endroit où elles se trouvent, dans l'intention de les soustraire à la protection de la loi pendant une période prolongée.

3. Aux fins du présent Statut, le terme « sexe » s'entend de l'un et l'autre sexes, masculin et féminin, suivant le contexte de la société. Il n'implique aucun autre sens. La définition ainsi donnée des crimes contre l'humanité est proche de celle des autres tribunaux pénaux internationaux. Elle est d'ailleurs un peu plus large pour inclure les disparitions forcées de personne et les crimes d'apartheid qui ne sont pas prévus dans les statuts des tribunaux pénaux internationaux¹.

¹ V D Rebut, *Droit pénal international*, Dalloz, 2014, n°1084.

3. La loi française.

La loi du 9 août 2010² porte adaptation du droit pénal à l'institution de la Cour pénale internationale.

Cette loi insère dans le Code pénal un livre IV *bis* nouveau intitulé « *Des crimes et délits de guerre* ». Ces crimes et délits figurent aux articles 461-2 à 461-31 du Code pénal. Le législateur a porté à trente ans la prescription des crimes de guerre et à vingt ans celle des délits de guerre.

Le législateur a ajouté un article 689-11 au Code de procédure pénale établissant la compétence universelle lorsqu'une convention à laquelle la France est partie ou un acte de l'Union européenne lui donne compétence. D'autres auteurs préfèrent parler cas de compétence internationale spécifiques³.

Il y a quatre conditions posées : la personne soupçonnée doit résider habituellement sur le territoire français ; la condition de double incrimination est posée lorsque les faits ont eu lieu sur le territoire d'un État non partie au Statut de Rome et ont été commis par le ressortissant d'un État également non partie ; seul le ministère public peut déclencher l'action pénale si aucune juridiction internationale ou nationale ne demande la remise ou l'extradition de la personne. Enfin, le ministère public doit s'assurer « *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 deuxième partie de cette quatrième condition confère à cette compétence extraterritoriale un caractère subsidiaire.

La Commission des affaires étrangères de l'Assemblée nationale⁴ et le Comité des Nations-Unies contre la torture⁵ et des ONG ont souligné les conditions restrictives de ce projet de loi qui rendrait inopérante la compétence universelle .

« *On peut se demander s'il était bien utile d'instituer un titre de compétence extraterritoriale assorti de conditions telles qu'il semble programmé pour rester lettre morte* », écrit J. Baroudy⁶.

Delphine Brach-Thiel (Répertoire Dalloz) évoque, quant à elle, la compétence « *ultraverrouillée*

» de l'article 689-11 du code de procédure pénale.

²L. n° 2010-930, 9 août 2010, portant adaptation du droit pénal à l'institution de la Cour pénale internationale, *JO* 10 août, p. 14678.

³A. Giudicelli, « Actualité de la « compétence universelle » », *RSC* 2019. 479.

⁴Avis fait au nom de la commission des affaires étrangères sur le projet de loi, adopté par le Sénat, portant adaptation du droit pénal à l'institution de la Cour pénale internationale par Mme Nicole Ameline sur assembleenationale.fr, p. 54,, sur <http://www.assembleenationale.fr/13/rapports/r1828.asp>.

⁵Observations finales du Comité contre la torture, <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cat/docs/CAT.C.FRA.CO.4-6.pdf>.

⁶J. Baroudy, « La compétence universelle en mutation... (À propos de la loi française n° 2010-930, 9 août 2010) », *ŪRSC 2011. 228Ū*.

Son commentaire au *Répertoire Dalloz* est le suivant :

218. Article 689 -11 du code de procédure pénale. - L'article 689-11 du code de procédure pénale dispose que « peut être poursuivie et jugée par les juridictions françaises toute personne qui réside habituellement sur le territoire de la République et qui s'est rendue coupable à l'étranger de l'un des crimes relevant de la compétence de la Cour pénale internationale en application de la convention portant statut de la Cour pénale internationale signée à Rome le 18 juillet 1998, si les faits sont punis par la législation de l'État où ils ont été commis ou si cet État ou l'État dont elle a la nationalité est partie à la convention précitée. 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 ».

« 219. Quatre conditions procédurales de mise en oeuvre. - Pour le texte déjà ultra verrouillé que constitue l'article 689-11, le législateur a prévu pas moins de quatre conditions à remplir, afin que les juridictions pénales françaises soient compétentes pour juger les auteurs de crimes relevant de la compétence de la Cour pénale internationale, notamment le crime contre l'humanité, le génocide et les crimes de guerre.

220. Conditions personalistes. - Il faut, tout d'abord, que les faits soient punis par l'État du lieu de commission de l'infraction, ce que l'on appelle encore l'exigence de double incrimination, ainsi qu'une requête préalable du ministère public. On constate alors que l'article 689 -11 du code de procédure pénale, ne concernant que des crimes relevant de la Cour pénale internationale, à savoir les plus graves, est assorti des mêmes conditions procédurales que celles prévues pour notre compétence personnelle active en cas de délit. Exiger une requête du ministère public préalablement à la mise en oeuvre de notre compétence répressive revient à verrouiller totalement le système et à confier au pouvoir exécutif le soin de choisir qui sera éventuellement justiciable devant nos tribunaux et qui ne le sera pas. L'objectif non avoué est d'éviter une sorte de forum shopping des victimes, tel que l'a connue la Belgique (V. ABOU DAHER, thèse préc.), en proie alors à de vives tensions diplomatiques avec de nombreux chefs d'État.

221. Inversion du principe de complémentarité. - Le législateur a également choisi

d'inverser le principe de complémentarité par rapport à la compétence de la Cour pénale internationale. Solliciter de celle-ci qu'elle « décline expressément sa compétence » pour poursuivre la personne suspectée de crimes internationaux n'est pas conforme au statut de Rome, car ce dernier prévoit que la Cour pénale internationale n'est compétente qu'en cas de défaillance des tribunaux nationaux. Dans le système de justice pénale internationale issu du statut, le juge de droit commun des crimes internationaux doit être le juge national (CASSESE et DELMAS-MARTY, Juridictions nationales et crimes internationaux, PUF, 2002).

222. Critère de résidence habituelle. - Enfin, il faut que l'auteur supposé des faits ait sa résidence habituelle en France pour que l'on puisse exercer notre compétence répressive. Cette condition particulièrement exigeante met fin à tout espoir de voir l'auteur d'un crime contre l'humanité être jugé un jour en France. Elle est surtout en complète opposition avec le principe même de la compétence universelle, qui est de faire de la présence en France de l'auteur des faits la seule condition d'exercice de notre compétence répressive (V. supra, no 203).

223. En conclusion, il s'agit là, au mieux, d'une compétence universelle « light » qui a été créée par cette loi (V. notre article, supra, no 217) et, au pire, d'une compétence sui generis, ultra verrouillée. Malgré les interrogations suscitées par ce texte, la chambre criminelle de la Cour de cassation a pourtant affirmé que l'article 689-11 respectait le statut de la Cour pénale internationale (Crim. 4 janv. 2011, no 10-87.760, Bull. crim. no 2) ».

L'article 689-11 du code de procédure pénale a été modifié par la loi n°2019-222 du 23 mars 2019.

Les juridictions françaises sont désormais compétentes pour le crime de génocide, les autres crimes contre l'humanité si les faits sont punis par la législation de l'État où ils ont été commis ou si cet État ou l'État dont la personne soupçonnée a la nationalité est partie à la convention de Rome du 18 juillet 1998, crimes et les délits de guerre définis aux articles 461-1 à 461-31 du même code, si les faits sont punis par la législation de l'État où ils ont été commis ou si cet État ou l'État dont la personne soupçonnée a la nationalité est partie à la convention précitée. Les conditions de la poursuite demeurent à peu près identiques à celles fixées par la loi du 9 août 2010 : la condition de double incrimination disparaît pour le crime de génocide, les délits de guerre ont été ajoutés. C'est le nouveau parquet antiterroriste qui est compétent, aux conditions de l'article 689-11, pour traiter les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre commis à l'étranger.

Cette disposition a été déclarée conforme à la Constitution par la décision n°2010-612 DC en date du 5 août 2010 du Conseil constitutionnel.

On trouvera ci-dessous la partie consacrée à l'article 689-11 du code de procédure pénale

« 9 Considérant que l'article 8 insère dans le code de procédure pénale un article 689-11 ; qu'aux termes de cet 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'Etat où ils ont été commis ou si cet Etat ou l'Etat dont elle 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. A cette fin, le ministère public s'assure auprès de la Cour pénale internationale qu'elle décline expressément sa compétence et vérifie qu'aucune autre juridiction internationale compétente pour juger la personne n'a demandé sa remise et qu'aucun autre Etat n'a demandé son extradition » ;

10. Considérant que, selon les requérants, si la compétence universelle des juridictions françaises ne constitue pas une exigence imposée par le statut de la Cour pénale internationale, les conditions posées pour que les juridictions françaises soient compétentes pour juger les crimes relevant de cette cour sont définies de façon excessivement restrictive ; que ces restrictions feraient obstacle à la répression effective de ces crimes dans des conditions qui méconnaissent l'objectif de valeur constitutionnelle de recherche des auteurs d'infractions, le principe d'égalité devant la loi et la justice, ainsi que la dignité de la personne ; que les requérants dénoncent, en particulier, l'exigence selon laquelle la personne mise en cause doit résider habituellement en France, celle selon laquelle les faits doivent être punis par la législation de l'Etat où ils ont été commis, le monopole de mise en oeuvre de l'action publique reconnu au ministère public et l'obligation, pour ce dernier, de s'assurer que la Cour pénale internationale a expressément décliné sa compétence ; qu'ils font également valoir que la référence à la culpabilité de la personne en cause méconnaît, selon l'interprétation qu'on en donne, soit le principe non bis in idem, soit le respect de la présomption d'innocence ;

11. Considérant, en premier lieu, que le premier alinéa de l'article 689-11 du code de procédure pénale reconnaît la compétence des juridictions françaises à l'égard de toute personne qui « s'est rendue coupable » de certains crimes ; que cette formulation n'a ni pour objet ni pour effet d'exiger que la personne en cause ait, préalablement, été déclarée coupable par une juridiction française ou étrangère ; qu'elle ne présume pas davantage de la culpabilité de cette personne qu'il appartiendra aux juridictions françaises d'apprécier ; que, par suite, elle ne méconnaît ni le principe de nécessité des peines qui résulte de l'article 8 de la Déclaration de 1789 ni la présomption d'innocence garantie par son article 9 ;

12. Considérant, en deuxième lieu, que, si la recherche des auteurs d'infractions est nécessaire à la protection de principes de valeur constitutionnelle, il ne résulte pas de cette exigence que les juridictions françaises devraient être reconnues compétentes à l'égard de crimes commis à l'étranger sur une victime étrangère et dont l'auteur, de nationalité étrangère, se trouve en France ; que le respect de la dignité de la personne, qui résulte du Préambule de la Constitution de 1946, n'impose pas davantage cette compétence ;

13. Considérant, en troisième lieu, qu'aux termes de l'article 6 de la Déclaration de 1789, la loi est « la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse » ; que son article 16 dispose : « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution » ; que, si le législateur peut prévoir des règles de procédure différentes selon les faits, les situations et les personnes auxquelles elles s'appliquent, c'est à la condition que ces différences ne procèdent pas de distinctions injustifiées et que soient assurées aux justiciables des garanties égales, notamment quant au respect du principe des droits de la défense, qui implique en particulier l'existence d'une procédure juste et équitable

garantissant l'équilibre des droits des parties ;

14. Considérant qu'il résulte des articles 113-2 et suivants du code pénal que la loi pénale française est applicable à tout crime commis sur le territoire de la République ainsi qu'à tout crime commis à l'étranger à condition que l'auteur ou la victime soit français ; que l'article 689-11 du code de procédure pénale a pour seul objet d'étendre la compétence des juridictions pénales françaises à certains crimes commis à l'étranger, par des personnes de nationalité étrangère sur des victimes elles-mêmes étrangères ; qu'en définissant, dans cet article, les conditions d'exercice de cette compétence, le législateur a fait usage du pouvoir qui est le sien sans porter atteinte au principe d'égalité devant la loi et la justice ;

15. Considérant que le second alinéa de l'article 689-11 du code de procédure pénale impose au ministère public, préalablement à la mise en oeuvre de l'action publique, de s'assurer, auprès de la Cour pénale internationale, que cette dernière n'exerce pas sa compétence et de vérifier qu'aucune autre juridiction internationale compétente pour juger la personne n'a demandé sa remise et qu'aucun autre Etat n'a demandé son extradition ; qu'en adoptant ces dispositions, le législateur n'a méconnu aucune exigence constitutionnelle ; qu'il ne revient pas au Conseil constitutionnel de contrôler la compatibilité d'une loi aux stipulations d'un traité ou accord international ;

16. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que l'article 689-11 du code de procédure pénale n'est pas contraire à la Constitution ;

17. Considérant qu'il n'y a lieu, pour le Conseil constitutionnel, de soulever d'office aucune question de conformité à la Constitution ».

Les motifs d'inconstitutionnalité soulevés reposaient principalement sur l'idée que l'article 53-2 de la Constitution, qui autorise la ratification du Statut de Rome, aurait rendu contraire à la Constitution tout décalage excessif entre les dispositions du traité et celles de la loi d'adaptation. Le Conseil constitutionnel a écarté l'argument, l'article 53-2 ayant seulement pour fonction de purger les incompatibilités entre la Constitution et le traité afin de permettre la ratification de celui-ci.

7V H. Ascencio « Une entrée mesurée dans la modernité du droit international pénal À propos de la loi du 9 août 2010 », JCP 2010, doct. 910.

4. Jurisprudence de la chambre criminelle.

A ce jour, le seul arrêt rendu par la chambre criminelle portant sur l'article 689-11 du code de procédure pénale est celui du 4 janvier 2011 (Crim., 4 janvier 2011, pourvoi n° 10-87.760, Bull. crim. 2011, n° 2) selon lequel « justifie sa décision la chambre de l'instruction qui, pour ordonner la remise d'une personne réclamée par la Cour pénale internationale en exécution d'un mandat d'arrêt des chefs de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité, retient qu'il n'y a pas d'erreur évidente sur la personne, que les juridictions françaises ne sont pas, selon l'article 689-11 du code de procédure pénale, compétentes pour juger cette personne, qu'il ne lui appartient pas, au regard de l'article 20 du Statut de la Cour pénale internationale, de rechercher si les mêmes faits sont actuellement poursuivis en Allemagne et qui exige que la personne ne sera en aucun cas expulsée, refoulée ou extradée vers le Rwanda.

En effet, la remise d'une personne à la Cour pénale internationale est subordonnée par l'article 627-8 du code de procédure pénale au seul constat qu'il n'y a pas d'erreur

évidente sur la personne, la condition de non-remise est conforme aux articles 185-1 et 214-4 du Règlement de procédure et de preuve de la Cour pénale internationale et l'article 689-11 du code de procédure pénale respecte le Statut de la Cour pénale internationale ».

Cette décision porte d'ailleurs plus sur les conditions d'application de l'article 627-8 du code de procédure pénale⁸ que sur l'article 689-11 dont il est dit seulement qu'il respecte le Statut de la Cour pénale internationale.

Par ailleurs, très récemment notre chambre a rendu une autre décision (**Crim, 23 janv. 2019, n° 18-80.842**, inédit) qui n'est pas une application de l'article 689-11 du code de procédure pénale mais qui se prononce en revanche sur les conditions de mise en oeuvre de l'article 689-2 du même code.

La chambre criminelle a cassé⁹ un arrêt de chambre de l'instruction en lui reprochant de ne pas avoir « *mieux rechercher, d'une part, si le fait de subir un simulacre d'exécution, tel que décrit par le plaignant, pris en lui-même ou cumulé aux violences dont il a signalé l'existence, ne caractérisait pas un acte de torture au sens de l'article 1^{er} de la Convention de New-York et de l'article 222-1 du code pénal, de sorte que les faits imputés à M. C. fonderaient à eux seuls la compétence de la loi française, d'autre part, si la compétence de cette loi ne pouvait être également retenue au titre de la possible implication, à titre de complice, de M. G., ressortissant français, la chambre de l'instruction n'a pas justifié sa décision ».*

⁸ Celui-ci porte sur la procédure de coopération de la France avec la CPI lorsque celle-ci demande la remise d'une personne recherchée.

⁹ Crim, 23 janv. 2019, n° 18-80.842, inédit.

Les deux textes, situés dans le même chapitre relatif à la compétence des juridictions françaises pour connaître de certaines infractions commises hors du territoire de la République, diffèrent cependant par leur domaine et par leurs conditions d'application. Selon André Guidicelli¹⁰ « *L'article 689-2 a trait à la compétence des juridictions françaises en matière de torture, et par le renvoi qu'il opère à l'article 689-1 qui le précède, peut être regardé comme un cas de « compétence universelle : la compétence des juridictions françaises procède d'un instrument international, la Convention de New York du 10 décembre 1984 contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, et peut être exercée à la condition qu'un suspect de tels faits « se trouve en France ». L'article 689-11 a pour objet la compétence du juge pénal français à connaître de crimes contre l'humanité et de crimes de guerre extraterritoriaux mais ne renvoie pas à l'article 689-1, adoptant des critères de mise en oeuvre différents, de sorte qu'il se présente comme un cas de < compétence internationale spécifique reposant sur la résidence habituelle d'une personne suspectée en France. Cette spécificité a été discutée, critiquée, et ce dès l'introduction du texte dans le code en 2010. Elle demeure cependant, même après les modifications qui lui ont été apportées après la loi du 23 mars 2019, et, aux interrogations anciennes, pour certaines entendues par le législateur, s'en sont ajoutées de nouvelles ».*

5. Motivation de la chambre de l'instruction.

La chambre de l'instruction a motivé ainsi sa décision :

« 1. Sur la compétence des juridictions françaises:

Le génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre sont considérés comme des crimes internationaux tant par leur source (leurs éléments constitutifs sont définis par le droit international) que par l'ampleur exceptionnelle de leurs répercussions. C'est sur cette analyse qu'est fondée la compétence universelle : « leur répression ne peut rester l'affaire du seul État où ils ont été commis, mais devient une obligation de la communauté internationale toute entière ».

Aux termes de l'article 689 du code de procédure pénale dans sa version antérieure au 23 mars 2019 :

"Les auteurs ou complices d'infractions commises hors du territoire de la République peuvent être poursuivis et jugés par les juridictions françaises soit lorsque, conformément aux dispositions du livre 1er du code pénal ou d'un autre texte législatif, la loi française est applicable, soit lorsqu'une convention internationale ou un acte pris en application du traité instituant les Communautés

¹⁰ « Actualité de la « compétence universelle » RSC 2019, p 479. .

européennes donne compétence aux juridictions françaises pour connaître de l'infraction".

La nouvelle version de l'article 689-11 du code de procédure pénale, fait perdurer une compétence extraterritoriale sui generis :

"Hors les cas prévus au sous-titre 1er du titre 1er du livre IV pour l'application de la convention portant statut de la Cour pénale internationale, ouverte à la signature à Rome le 18 juillet 1998, peut être poursuivie et jugée par les juridictions françaises, si elle réside habituellement sur le territoire de la République, toute personne soupçonnée d'avoir commis à l'étranger l'une des infractions suivantes :

1^o Le crime de génocide défini au chapitre 1er du sous-titre 1er du titre 1er du livre I du code pénal ;

2^o Les autres crimes contre l'humanité définis au chapitre II du même sous-titre 1er, si les faits sont punis par la législation de l'Etat où ils ont été commis ou si cet Etat ou l'Etat dont la personne soupçonnée a la nationalité est partie à la convention précitée ;

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

La poursuite de ces crimes ne peut être exercée qu'à la requête du procureur de la république antiterroriste et si aucune juridiction internationale ou nationale ne demande la remise ou l'extradition de la personne. A cette fin, le ministère public s'assure de l'absence de poursuite diligentée par la Cour pénale internationale et vérifie qu'aucune autre juridiction internationale compétente pour juger la personne n'a demandé sa remise et qu'aucun autre Etat n'a demandé son extradition.

Lorsque, en application de l'article 40-3 du présent code, le procureur général près la cour d'appel de Paris est saisi d'un recours contre une décision de classement sans suite prise par le procureur de la République antiterroriste, il entend la personne qui a dénoncé les faits si celle-ci en fait la demande. S'il estime le recours infondé, il en informe l'intéressé par une décision écrite motivée. "

Plusieurs conditions doivent donc être satisfaites pour retenir la compétence du juge français:

- Les faits doivent être punis par la législation de l'Etat où ils ont été commis, ou cet Etat ou l'Etat dont la personne soupçonnée a la nationalité doit être partie au Statut de Rome,
- aucune juridiction internationale ou nationale ne doit avoir demandé la remise ou l'extradition de la personne,
- la poursuite doit avoir été engagée sur requête du procureur de la République antiterroriste, après avoir vérifié l'absence de poursuite devant la CPI ni qu'aucune autre juridiction internationale n'est compétente,
- La personne soupçonnée doit résider habituellement sur le territoire de la République.

En l'espèce ne sont contestées que les 1^{èr e} et 2^{èm e} conditions.

a) Sur la première condition: "Les faits doivent être punis par la législation de l'Etat où ils ont été commis, ou cet Etat ou l'Etat dont la personne soupçonnée a la nationalité doit être partie au Statut de Rome",

La République arabe syrienne a signé la convention portant statut de la Cour Pénale Internationale le 29 novembre 2000, mais ne l'a jamais ratifiée. Elle n'est donc pas partie à cette convention, au sens de l'article 689-11 2^o du code de procédure pénale.

Et, la 1^{ère} condition n'exige pas que l'Etat punisse « les crimes contre l'humanité », mais seulement que les « faits » concernés soient incriminés, même sous une autre qualification.

Or, l'article 212-1 du code pénal dispose que: "Constitue un crime contre l'humanité et est puni de la réclusion criminelle à perpétuité l'un des actes ci-après commis en exécution d'un plan concerté à l'encontre d'un groupe de population civile dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique :

- 1^o L'atteinte volontaire à la vie ;
 - 2^o L'extermination ;
 - 3^o La réduction en esclavage ;
 - 4^o La déportation ou le transfert forcé de population ;
 - 5^o L'emprisonnement ou toute autre forme de privation grave de liberté physique en violation des dispositions fondamentales du droit international ;
 - 6^o La torture ;
 - 7^o Le viol, la prostitution forcée, la grossesse forcée, la stérilisation forcée ou toute autre forme de violence sexuelle de gravité comparable ;
 - 8^o La persécution de tout groupe ou de toute collectivité identifiable pour des motifs d'ordre politique, racial, national, ethnique, culturel, religieux ou sexiste ou en fonction d'autres critères universellement reconnus comme inadmissibles en droit international ;
 - 9^o La disparition forcée ;
 - 10^o Les actes de ségrégation commis dans le cadre d'un régime institutionnalisé d'oppression systématique et de domination d'un groupe racial sur tout autre groupe racial ou tous autres groupes raciaux et dans l'intention de maintenir ce régime ;
 - 11^o Les autres actes inhumains de caractère analogue causant intentionnellement de grandes souffrances ou des atteintes graves à l'intégrité physique ou psychique.
- Les deux premiers alinéas de l'article 132-23 relatif à la période de sûreté sont applicables aux crimes prévus par le présent article ".
Ainsi, les crimes contre l'humanité visent à protéger «un groupe de population civile»

contre des atteintes à l'intégrité physique ou psychique de ses membres.

En l'espèce, si les crimes contre l'humanité ne sont pas expressément visés comme tels dans le Code pénal syrien, celui-ci incrimine le meurtre, les actes de barbarie, le viol, les violences et la torture (articles 489, 533, 534, 535, 540, 555 et suivants...).

La constitution syrienne de 2012 interdit au demeurant la torture et ajoute que la sanction de tels actes est déterminée par la loi (article 53, alinéa 2).

En outre, en vertu de l'article 54 de cette constitution « Toute violation de la liberté personnelle ou de la protection de la vie personnelle ou de tous autres droits ou libertés publiques garantis par la Constitution est considérée comme un crime qui est puni par la loi ».

Enfin, la Syrie est partie à de nombreux autres traités, parmi lesquels les Conventions de Genève (dont la IV^{ème} prohibe les meurtres de civils, la torture, les exécutions sommaires, etc.) et le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (garantissant le droit à la vie et interdisant la torture).

Or ces crimes sont des éléments constitutifs du crime contre l'humanité.

Partant, ce moyen sera rejeté.

b) Sur la condition tenant à la déclinaison de la compétence de la CPI:

La CPI est compétente pour connaître de situations précisément déterminées et en tout état de cause pour des faits commis sur le territoire d'Etats parties au statut de Rome, ce qui n'est pas le cas de la Syrie, ou pour des faits commis par des ressortissants de ces mêmes Etats parties.

*Partant, **la cour pénale internationale ne peut décliner une compétence qu'elle ne possède pas.***

Ce moyen sera donc également rejeté.

En conséquence, il convient de dire que les juridictions française sont compétentes pour connaître de ces faits ».

Comme l'expose l'arrêt seules deux conditions de l'article 689-11 du code de procédure pénale sont contestées par le demandeur.

6. La condition de réciprocité.

La première condition porte sur la condition de réciprocité : « *Les faits doivent être punis par la législation de l'Etat où ils ont été commis, ou cet Etat ou l'Etat dont la personne soupçonnée a la nationalité doit être partie au Statut de Rome* ».

Selon la chambre de l'instruction cette condition n'exige pas que l'Etat punisse « les crimes contre l'humanité », mais seulement que les « faits » concernés soient incriminés, même sous une autre qualification. Puis la chambre de l'instruction détermine que la Syrie punit les diverses manifestations matérielles faisant partie du crime contre l'humanité. L'Etat syrien incrimine en effet le meurtre, les actes de barbarie, le viol, les violences et la torture (articles 489, 533, 534, 535, 540, 555 et suivants...).

a) le parallèle avec la procédure d'extradition.

Le mémoire cite un arrêt du 26 février 2014¹¹, pris en matière d'extradition, qui juge que "*les infractions de génocide et de crimes contre l'humanité auraient-elles été visées par des instruments internationaux, en l'espèce la Convention sur le génocide du 9 décembre 1948 et celle sur l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité du 26 novembre 1968, applicables à la date de la commission des faits, en l'absence, à cette*

même date, d'une définition précise et accessible de leurs éléments constitutifs ainsi que de la prévision d'une peine par la loi rwandaise, le principe de légalité criminelle, consacré par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques ainsi que par la Convention européenne des droits de l'homme et ayant valeur constitutionnelle en droit

¹¹ Crim., 26 février 2014, n° 13-87.888, Bull. crim. 2014, n° 60

français, fait obstacle à ce que lesdits faits soient considérés comme punis par la loi de l'Etat requérant, au sens de l'article 696-3, 1^o, du code de procédure pénale".

Cette jurisprudence a été confirmée l'année suivante dans un arrêt de cassation¹² :

« Attendu que, pour émettre un avis favorable à l'extradition de M. X... demandée par la République du Rwanda, s'agissant des faits de génocide et de crimes contre l'humanité qu'il aurait commis courant avril 1994, l'arrêt attaqué retient qu'à défaut de texte dans le droit rwandais réprimant ces catégories d'infractions avant la loi organique du 30 août 1996, l'application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide du 9 décembre 1948, ratifiée par l'Etat rwandais en 1975, permet de considérer que les faits poursuivis sous la qualification de génocide et de complicité de ce crime étaient incriminés à l'époque de leur commission et que l'intéressé était en mesure de connaître les sanctions auxquelles il s'exposait ;

Mais attendu qu'en statuant ainsi, alors que, les infractions de génocide et de crimes contre l'humanité auraient-elles été visées par des instruments internationaux, en l'espèce la Convention sur le génocide du 9 décembre 1948, et celle sur l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité du 26 novembre 1968, applicables à la date de la commission des faits, en l'absence, à cette date, d'une définition précise et accessible de leurs éléments constitutifs ainsi que de la prévision d'une peine par la loi rwandaise, le principe de légalité criminelle, consacré par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques ainsi que par la Convention européenne des droits de l'homme et ayant valeur constitutionnelle en droit français, fait obstacle à ce que lesdits faits soient considérés comme punis par la loi de l'Etat requérant, au sens de l'article 696-3, 1^o, du code de procédure pénale, la chambre de l'instruction a méconnu les textes susvisés et le principe ci-dessus énoncé ».

Dans une décision du **5 octobre 2016 (no16-84717)**, toujours relative à des demandes d'extradition du Rwanda, la chambre criminelle a cassé une décision de la chambre de l'instruction de Poitiers selon la même formulation.

Dans une note critique sous l'arrêt rendu le 14 octobre 2015 par la Cour de cassation, l'un des grands spécialistes de la matière, Didier Rebut, apporte des précisions sur la dénomination de principe de double incrimination¹³ :

Il soutient que le principe de double incrimination ne concerne que l'Etat requis tout simplement parce qu'il peut être posé comme une évidence que si l'Etat requérant sollicite l'extradition d'une personne du chef d'un crime qu'elle énonce, c'est que ce crime existe dans sa législation. L'auteur note que c'est l'intérêt des affaires rwandaises que d'avoir posé la question du contrôle de l'existence de l'incrimination dans le corpus juridique de l'Etat requérant.

Par la suite la chambre criminelle a éclairci sa position dans une décision relative à une demande d'extradition formée par l'Argentine.

Ainsi, dans sa décision du 24 mai 2018, elle juge :

¹² Crim. 14 octobre 2015, n° 15-84.420.

¹³ D. Rebut Principe de double incrimination et principe de la légalité, JCP 2016, 56.

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

« S'il appartient aux juridictions françaises, lorsqu'elles se prononcent sur une demande d'extradition, de vérifier si les faits pour lesquels elle est demandée étaient incriminés par l'Etat requérant au moment de leur commission, il ne leur appartient pas de vérifier si ces faits ont reçu, de la part des autorités de cet Etat, l'exacte qualification juridique au regard de la loi pénale de ce dernier.

Justifie sa décision, en application de ce principe, la chambre de l'instruction qui donne un avis partiellement favorable à la demande d'extradition formulée par l'Etat argentin, d'une personne soupçonnée de crimes contre l'humanité commis pendant la dictature militaire, tels que définis par la législation argentine applicable, ces crimes pouvant être qualifiés de séquestration arbitraire aggravée selon le droit français ».

La chambre criminelle admet donc que la qualification selon l'Etat requérant ne fasse pas l'objet d'un contrôle autre que celui de l'existence des faits pouvant supporter cette qualification.

Par ailleurs, et c'est plus traditionnel, le contrôle de leur existence en droit français peut se faire sans rapport avec la qualification d'origine. Une autre peut parfaitement lui être substituée.

On peut émettre l'hypothèse que la chambre de l'instruction de Paris a statué selon les principes mentionnés ci-dessus.

Mais la question est de savoir si l'on peut transposer une jurisprudence prise dans le cadre de l'extradition à la question posée ici à la juridiction.

En effet, il existe une profonde différence entre la question de la qualification de faits par un Etat qui sollicite une extradition et son contrôle par la juridiction de l'Etat requis, d'une part, et la compétence attribuée aux juridictions françaises en raison de l'existence de faits relevant d'une qualification particulière, d'autre part.

b) doctrine

A propos de la double incrimination, un auteur écrit¹⁴ :

« B. Le critère de la double incrimination: une exonération pour les auteurs présumés L'article 689-11 du code de procédure pénale lie les poursuites en France à la condition que « ces faits so[ie]nt 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 ».

Cette loi pose une condition stricte en formulant l'exigence de la « double incrimination », et semble contraire à l'article 13 du Statut de Rome, puisqu'elle empêche de poursuivre l'auteur présumé au seul motif qu'il n'est pas punissable dans son pays

¹⁴J. Baroudy,, « La compétence universelle en mutation », (À propos de la loi française n° 2010-930 du 9 août 2010), RSC 2011 p.228

d'origine. Les crimes de génocide, crimes contre l'humanité et crimes de guerre, ne seront poursuivis en France qu'à la condition d'être incriminés par la loi pénale du pays où ils ont été commis. Or, bien souvent, les pays qui n'incriminent pas ce type d'actes sont justement les plus susceptibles d'être concernés par ces infractions. Ainsi, ne serait-il pas « choquant » de laisser impuni un acte génocidaire, par exemple, 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 ?

Cette condition de double incrimination, qui représente également « un recul du droit pénal », aura pour effet de provoquer de nouvelles injustices et d'affaiblir la lutte contre l'impunité, et, en définitive, de circonscire l'étendue du Statut de Rome et la crédibilité des engagements internationaux ».

L'auteur, bien qu'il ne le dise pas expressément, semble juger pour acquis que la

répression des crimes contre l'humanité doit exister en tant que telle dans l'arsenal répressif de l'Etat en cause.

A propos de la réciprocité d'incrimination, André Giudicelli écrit¹⁵ :

« L'exigence d'une réciprocité d'incrimination était critiquée, notamment par les sénateurs. La loi du 23 mars 2019 l'a pourtant maintenue sauf pour le crime de génocide. Sa prévision pour les délits de guerre peut se comprendre, par imitation des règles de compétence personnelle active. En revanche, elle est plus que discutable, et par l'effet du même raisonnement, pour les autres crimes contre l'humanité et les crimes de guerre. En matière de compétence personnelle active, la réciprocité d'incrimination n'est pas exigée pour l'application de la loi pénale française à un crime commis à l'étranger par un français. On peut en conclure que c'est la nationalité française du suspect qui fonderait la mise à l'écart d'une condition de double incrimination pour les faits de nature criminelle et que, dans les cas visés à l'article 689-11, le suspect étant par définition étranger, la réciprocité d'incrimination serait en revanche exigée. Il s'agit là d'une curieuse approche de la lutte contre les crimes les plus graves, internationalement reconnus et pouvant donner lieu à poursuite devant une juridiction pénale internationale, surtout quand on sait que, pour certains délits commis à l'étranger, la résidence habituelle du suspect en France permet sa poursuite devant les juridictions françaises sans condition de réciprocité d'incrimination (C. pén., 222-22 al. 3, 225-11-2, 225-12-3 et 227-27-1). Cela montre bien que le critère de la résidence habituelle, qui en matière de compétence personnelle a pour effet d'étendre l'application de la loi pénale française dans l'espace, joue de manière inverse à l'article 689-11. Il est utilisé pour écarter la compétence universelle et contribuer à l'affirmation d'une compétence extraterritoriale subsidiaire, pour ne pas dire résiduelle, du juge français pour ces infractions les plus graves dès lors qu'elles sont reprochables à des étrangers(46). C'est ce qui explique le refus du Gouvernement de remplacer la condition de résidence habituelle par celle de simple présence sur le territoire et donc d'évoluer vers un rapprochement de l'article 689-11 avec les autres articles du même

¹⁵A Giudicelli, RSC 2019 p.479

chapitre. Il reste qu'un étranger qui se trouve en France, s'il peut faire l'objet d'une procédure de remise à la CPI (C. pr. pén., art. 627-4 s.) ou d'extradition vers un Etat qui le réclame, ne peut y être poursuivi pour crimes contre l'humanité et crimes de guerre commis à l'étranger contre des étrangers, s'il n'y a pas de résidence habituelle ».

Hervé Ascencio écrit quant à lui¹⁶ « La deuxième condition est plus complexe, car elle comporte deux branches et vise à écarter un obstacle qui n'est pas explicité, celui du rapport avec les Etats tiers au Statut de Rome. Elle introduit une condition de double-incrimination lorsque les faits ont eu lieu sur le territoire d'un Etat non partie au Statut de Rome et ont été commis par le ressortissant d'un Etat également non partie. La disposition fait ainsi écho aux conditions d'exercice de la compétence de la CPI, mais ignore la possibilité d'une saisine de la Cour par le Conseil de sécurité des Nations Unies. Elle semble avoir été motivée par certaines questions délicates de droit des traités soulevées dans une affaire pendante devant la Cour internationale de Justice et où la France est défenderesse (V. CIJ, République du Congo c/ France, requête du 9 déc. 2002) . Pour autant, à notre sens, rien n'obligeait à faire pareille distinction entre les Etats parties et les Etats non parties au Statut de Rome, du moment qu'il est communément admis que la compétence universelle est autorisée par le droit international coutumier lorsqu'il s'agit d'assurer la répression de crimes

internationaux, au moins selon les modalités du principe aut dedere aut judicare ».

Au regard de la critique formulée par ces auteurs selon laquelle cette exigence serait contraire à l'article 13 du Statut de Rome, on fera remarquer que, si cette exigence n'est pas inscrite dans ce Statut, et s'il ne fait guère de doute que c'est la CPI qui détermine s'il existe ou non crimes contre l'humanité au regard de sa propre législation, sa compétence ne s'étend qu'aux Etats signataires, de sorte que cette question paraît devoir aussi être prise en compte pour étudier cette prétendue violation.

Enfin, Xavier Philippe et Anne Desmarest écrivent¹⁷ « *Or, très souvent ces crimes sont commis avec l'assentiment voire à l'instigation des gouvernements du pays où ils ont eu lieu. Non seulement, le risque d'une incrimination dans le pays où ils ont été commis est aléatoire mais même lorsque cette incrimination existe, il faudrait qu'elle corresponde exactement à la définition française pour que cette condition soit remplie. De surcroît, il faudrait qu'existe une réelle volonté de poursuivre et juger les auteurs. Les échappatoires seraient nombreuses et les risques de rejet élevés. 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 ».*

c) analyse

¹⁶ H. Ascencio « Une entrée mesurée dans la modernité du droit international pénal À propos de la loi du 9 août 2010 », JCP 2010, doct. 910.

¹⁷ « Remarques critiques relatives au projet de loi " portant adaptation du droit pénal français à l'institution de la Cour pénale internationale », Revue française de droit constitutionnel 2010/1 (n° 81), pages 41 à 65

Une compétence dérogatoire au droit commun, susceptible de rendre les tribunaux français compétents en matière de répression de faits commis à l'étranger par un étranger dès lors qu'il s'agit de génocide ou de crime contre l'humanité peut-elle s'entendre en présence seulement des faits matériels sur lesquels cette qualification est assise, sans que soit apprécié s'ils ont été « *commis en exécution d'un plan concerté à l'encontre d'un groupe de population civile dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique* »?

Lorsque l'article 689-11 du code de procédure pénale évoque « *Les autres crimes contre l'humanité définis au chapitre II du même sous-titre Ier, si les faits sont punis par la législation de l'Etat où ils ont été commis ou si cet Etat ou l'Etat dont la personne soupçonnée a la nationalité est partie à la convention précitée* », peut-on faire la distinction proposée par la chambre de l'instruction de Paris, à savoir ne pas se soucier de la *qualification connue ou non dans l'Etat* où ces faits auraient été commis à partir du moment où les *faits* seraient punis par cette législation?

Il n'apparaît pas que la CPI pourrait connaître des faits en cause. En effet, son statut ne lui donne compétence, selon son article 5, précité, que lorsqu'un Etat est partie au Statut ou a accepté sa compétence conformément à l'article 3.

Tel n'est pas le cas en l'espèce.

Cet article pose une compétence « universelle » nouvelle pour les auteurs étrangers ayant commis à l'étranger un crime défini par la convention portant statut de la Cour pénale internationale signée à Rome le 18 juillet 1998.

Il a d'ailleurs été remarqué que, si le préambule (V encadré ci dessus) déclare qu'il est du devoir de chaque Etat de soumettre les responsables de crimes internationaux à sa juridiction criminelle, cette question n'est pas reprise dans les dispositions juridiques de la Convention qui ont seules la valeur de règles de droit¹⁸. Certains auteurs sont

pourtant d'un avis différent : « *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 Rome?...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* »¹⁹

Les mêmes auteurs, (qui écrivaient alors que les textes définitifs n'avaient pas été encore votés), posent la question de leur constitutionnalité « *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* »¹⁸ CIJ, 18 juill. 1966, Ethiopie et Libéria c / Afrique du Sud, § 50. Et V sur ce point, D Rebut, Droit pénal international, Dalloz, n°184.

¹⁹ Philippe Xavier et Desmarest Anne, « Remarques critiques relatives au projet de loi " portant adaptation du droit pénal français à l'institution de la Cour pénale internationale », Revue française de droit constitutionnel 2010/1 (n° 81), pages 41 à 65

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 ». On a vu toutefois que le Conseil constitutionnel, saisi après la parution de ce commentaire, a fait litière de cette argumentation.

Selon Didier Rebut « *le fait que la convention de Rome du 17 juillet 1998 ne pose pas d'obligation en matière de compétence universelle a été largement mis en avant pour justifier les conditions strictes auxquelles cette nouvelle compétence a été soumise* »²⁰.

7. Immunité prévue par le droit syrien (seconde branche du premier moyen).

Cette branche du moyen porte sur une immunité fondée sur des décrets exonérant les exécutants de leur responsabilité personnelle.

On rappellera que l'article **213-4 du code pénal français**, situé dans le chapitre consacré aux crimes contre l'humanité, dispose que « *L'auteur ou le complice d'un crime visé par le présent sous-titre ne peut être exonéré de sa responsabilité du seul fait qu'il a accompli un acte prescrit ou autorisé par des dispositions législatives ou réglementaires ou un acte commandé par l'autorité légitime.*

Toutefois, la juridiction tient compte de cette circonstance lorsqu'elle détermine la peine et en fixe le montant. »

Cette disposition transpose le principe de droit international qui est issu du statut et du jugement du tribunal de Nuremberg, dont on rappellera qu'il a jugé que le fait que les actes poursuivis aient pu être exécutés conformément aux lois en vigueur en Allemagne ou sur ordre d'un supérieur hiérarchique n'avait aucun effet exonératoire sur la responsabilité pénale.

Ce principe est **formulé à l'identique dans le statut de la CPI.**

Selon Didier Rebut « *il traduit le fondement international du génocide et des crimes contre l'humanité dont la répression ne peut pas être mise en échec par les droits nationaux* »²¹.

En cette matière par ailleurs, l'article 213-4-1 du code pénal établit une spécificité pour la responsabilité pénale du supérieur hiérarchique.

8. La déclinaison de sa compétence par la CPI.

Le second point de contestation porte sur l'exercice des poursuites par le ministère public. Selon l'article 689-11, la poursuite de ces crimes ne peut être exercée qu'à la requête du procureur de la république antiterroriste et si aucune juridiction internationale ou nationale ne demande la remise ou l'extradition de la personne. A cette fin, le ministère public s'assure de l'absence de poursuite diligentée par la Cour pénale internationale et vérifie qu'aucune autre juridiction internationale compétente pour juger la personne n'a demandé sa remise et qu'aucun autre Etat n'a demandé son extradition.

Pour répondre au moyen tiré de l'absence de contact avec la CPI, la chambre de l'instruction a exposé que cette juridiction était compétente pour connaître de situations précisément déterminées et en tout état de cause pour des faits commis sur le territoire d'Etats parties au statut de Rome, ce qui n'est pas le cas de la Syrie, ou pour des faits commis par des ressortissants de ces mêmes Etats parties.

« Partant, la cour pénale internationale ne peut décliner une compétence qu'elle ne possède pas », énonce l'arrêt.

La vérification sur le site de la CPI montre en effet que la Syrie n'est toujours pas signataire de ce traité. Dès lors, en aucun cas, la CPI ne peut exercer ses pouvoirs à l'encontre de faits commis sur son territoire ou concernant l'un de ses ressortissants. La chambre criminelle dira si la production par le ministère public d'une telle déclinaison de sa compétence était obligatoire et pouvait conditionner les poursuites exercées. Il convient de préciser que le mémoire déposé devant la chambre de l'instruction ne portait que sur l'absence de déclinaison de sa compétence par la CPI de sorte que toute allégation portant sur le fait qu'il n'aurait pas été vérifié qu'aucune autre juridiction internationale compétente pour juger la personne n'a demandé sa remise et qu'aucun autre Etat n'a demandé son extradition ne peut être discutée.

II Sur les indices graves ou concordants.

1. Motivation de la chambre de l'instruction.

La chambre de l'instruction a motivé ainsi sa décision :

I Sur les indices graves ou concordants:

Dans le cadre du vaste mouvement des « Printemps arabes », la Syrie a connu une guerre civile dès début 2011.

Il est constant, et non contesté, que des opposants au régime étaient arrêtés, emprisonnés et victimes de tortures.

De multiples institutions gouvernementales, telles que l'armée, la police, les services judiciaires, les services de renseignements et les hôpitaux, étaient impliquées, à des stades différents, dans l'arrestation, la détention, les actes de tortures et les diverses exactions commises à l'encontre des personnes arrêtées à partir de 2011 en Syrie. Les services de renseignements, connus sous le nom de « Mukhabarat », jouaient un rôle crucial dans l'arrestation, le transfert et les interrogatoires des personnes arrêtées.

En plus des structures militaires et policières sur lesquelles s'appuyait le régime, les

quatre branches des services de renseignements de l'appareil sécuritaire syrien étaient particulièrement actives dès le début des manifestations. Il s'agissait de 4 agences de renseignements distinctes comprenant:

- 1) la Sécurité Militaire
- 2) la Sécurité Aérienne
- 3) la Sécurité Politique
- 4) la Sécurité Générale/Nationale, ou encore appelée Direction générale des renseignements généraux ou encore Sécurité de l'Etat.

Depuis le début du conflit, les activités des Renseignements généraux se concentraient sur la lutte contre les manifestations et l'arrestation de supposés opposants au régime. Toutes les sections collectaient et échangeaient des informations, élaborant des listes de suspects qu'elles arrêtaient ensuite. Les centres de détention majeurs gérés par les Renseignements généraux se trouvaient à la Branche 251 (ou surnommée « [K] ») et à la branche des enquêtes/ ou investigations, la 285, située à [Localité 1], à l'ouest du Centre de Damas.

La branche 251, aussi appelée branche interne de la Direction Générale des Renseignements était située dans la rue de Baghdad, dans le quartier d'[K] à DAMAS. De ce fait, la branche était parfois appelée « branche [K] ». Elle menait des campagnes de perquisitions et de raids et participait, en collaboration avec l'armée, à des opérations pour disperser et réprimer des manifestations. La section 40 était une section externe sous les ordres de la branche 251, qui avait compétence sur la ville de Damas et sa zone rurale. Considérée comme une unité d'élite, elle était dirigée par [P] (cousin du président Bashar Al-Assad), et proche du Major Général [Q], chef des renseignements généraux. Cette section était chargée de l'arrestation et la répression des manifestants.

Un témoin évoquait la branche 40 comme étant très forte et faisant peur aux Syriens, déclarant : « Si quelqu'un est convoqué ou entre là-bas, il est de notoriété publique dans tout le pays qu'il sera persécuté et torturé. »

La branche 295 était la branche des Renseignements Généraux spécialisée pour mener des raids, réprimer les révoltes et former les personnels de la SÉCURITÉ DE L'ÉTAT dans tous les domaines.

Le rapport CÉSAR contient près de 55 000 photographies de corps torturés dans les prisons syriennes, dont 11 000 authentifiées par des experts. Les branches 251 et 295 de la Direction des Renseignements Généraux syriens étaient citées dans ce rapport comme celles dont provenaient un grand nombre de ces clichés.

Or, [R] [S] était affecté à la branche 251 puis à la section 40 des Renseignements généraux.

S'il prétend n'avoir été qu'un simple réserviste, affecté dans ces sections sans raison particulière, et son rôle à la section 40 s'étant limité à exécuter "des gardes statiques sur des barrages dans les quartiers ultras sécurisés", de sorte qu'il n'était pas confronté à l'arrestation d'opposants, force est cependant de relever que:

- son affectation dans ces branche et section particulièrement sensibles et ciblées, révèle, selon les analystes, qu'il était favorable au régime de [B] [K], des preuves de loyauté à ce régime y étant nécessaires pour ces affectations;
- selon un rapport syrien, faire son service militaire dans un service de sécurité était généralement considéré comme l'une des meilleures affectations et c'est pourquoi ceux

qui réussissaient à l'obtenir l'avaient activement sollicité;

- il avait été remarqué, selon ses propres déclarations, lors des sélections, puisqu'il faisait partie des 6 personnes retenues sur les 1500 "candidats" et ce, alors même que son frère avait quitté la Syrie avant d'effectuer son service obligatoire;
- il était encore particulièrement remarqué à l'issue d'une autre formation qui le sélectionnait pour faire partie du service domestique du chef de section [W], selon ses déclarations, ce qui implique une confiance et une loyauté démontrées;
- il évoquait au demeurant son patriotisme avec [Z], sa petite amie, laquelle était certaine qu'il avait été policier pendant trois ans pendant la guerre et qu'il était proche de quelqu'un d'important ou d'un haut gradé. Celle-ci disait également qu'il lui avait confié avoir été obligé d'exécuter des ordres mais ne pas le regretter et n'avoir tué personne. ;
- il semblait avoir conservé des liens étroits avec des agents de l'État syrien, indiquant dans une conversation, s'être renseigné auprès de contacts sur place pour savoir si [BT] était recherché en Syrie et s'il pouvait s'y rendre sans craindre d'être arrêté;
- deux témoins, opposants du régime, confirmaient les informations de contexte recueillies, notamment au sujet du recrutement et de l'emploi des réservistes, déclarant notamment que les personnels des branches 251 et 295 travaillaient en coordination pour effectuer des patrouilles et que les réservistes, sélectionnés au vu de leur loyauté, étaient tous systématiquement armés;
- deux témoins pensaient reconnaître [R] [S] sur photographie, l'un pensant l'avoir croisé comme surveillant à [K] (D 63/11), l'autre comme agent ou surveillant (D 72);
- un témoin déclare avoir entendu le mis en examen dire : " // disait que son travail était de les arrêter. Il arrêtait les manifestants, il les tapait avec une matraque comme je l'ai dit. Il travaillait dans une unité du raid, pour les interventions. "(D 100).

L'ensemble de ces éléments constitue des indices graves ou concordants rendant vraisemblable qu'il ait pu participer comme complice au crime visé, au sens de l'article 80-2 du code de procédure pénale.

La requête en nullité sera donc rejetée ».

Selon le moyen la chambre de l'instruction n'a caractérisé à l'encontre du mis en examen aucun acte positif de nature à constituer des indices graves et concordants d'avoir commis en qualité de complice des faits de crimes contre l'humanité, la seule prétendue loyauté au régime de [B] [K] ne pouvant suffire à mettre M. [S] en examen du chef d'un crime aussi grave.

2. Le contrôle des indices graves ou concordants par la chambre criminelle.

Depuis l'entrée en vigueur de la loi du 15 juin 2000, l'article 80-1 du Code de procédure pénale dispose que " à peine de nullité, le juge d'instruction ne peut mettre en examen que les personnes à l'encontre desquelles il existe des indices graves ou concordants rendant vraisemblable qu'elles aient pu participer, comme auteur ou comme complice, à la commission des infractions dont il est saisi " .

Nous reprenons sur ce point un extrait de la dernière édition du *Dalloz Action sur Le juge d'instruction et la chambre de l'instruction* consacré à cette question (n°311.31):

« L'appréciation que peut faire la chambre de l'instruction est donc très marquée dans le temps. C'est au moment de l'interrogatoire de première comparution qu'elle doit se placer pour estimer s'il y avait alors indices graves ou concordants. Méconnaît l'article 80-1 du Code de procédure pénale la chambre de l'instruction qui constate l'irrégularité de certaines mises en examen mais refuse de les annuler²². La chambre criminelle opère un contrôle sur les arrêts des chambres de l'instruction : elle s'assure qu'elles ont bien analysé l'existence des indices graves ou concordants au sens de l'article 80-1 du Code de procédure pénale. Une chambre de l'instruction ne peut, pour s'assurer de la régularité d'une mise en examen, se contenter de relever que deux réquisitoires supplétifs, sur lesquels s'est appuyée la mesure, répondent aux conditions de leur existence légale et que le juge d'instruction a, en procédant à la mise en examen, fait usage de ses prérogatives légales²¹. Une chambre de l'instruction avait annulé les mises en examen, notamment de personnes ayant été directeurs des relations du travail, dans une information ouverte des chefs d'empoisonnement, homicides et blessures involontaires, pour des faits d'exposition de salariés à l'amiante. La Cour de cassation a cassé la décision en constatant qu'il résulte des constatations des juges que, d'une part, l'« usage contrôlé » de l'amiante mis en place par le décret du 17 août 1977²², et dont la réglementation et la surveillance au regard du risque admis relevaient de la direction des relations du travail, a été maintenu jusqu'au décret d'interdiction du 24 décembre 1996²³, bien que l'amiante ait été classé comme étant agent cancérigène pour l'homme par le Centre international de recherche sur le cancer depuis 1977 et qu'en 1982, la conférence de Montréal ait indiqué que les valeurs limites d'exposition ne protégeaient pas du risque de cancer [...] ces prises de position faisaient suite, l'une au dépôt d'un rapport, l'autre à la transmission d'un avis du CPA qui s'était montré très actif pour défendre l'« usage contrôlé » de l'amiante dont il ne contestait pas le caractère cancérigène²⁴.

La chambre de l'instruction est cassée dans la même affaire pour avoir annulé des mises en examen au motif qu'elles étaient insuffisamment déterminées et en avoir

²²Crim. 1er oct. 2003, Ūno 03-82.909Ū, Bull. crim. no 177 ; ŪD. 2003. IR 2805Ū ; ŪD. 2004. Somm. 671, obs. PradelŪ ; JCP 2003. Actu. 531 ; JCP 2003. IV. 2892.

²¹Crim. 7 nov. 2007, Ūno 07-84.081Ū, NP.

²²Décr. n° 77-949, 17 août 1977 relatif aux mesures particulières d'hygiène applicables dans les établissements où le personnel est exposé à l'action des poussières d'amiante, JO 20 août, p. 4304.

²³Décr. n° 96-1133, 24 déc. 1996 relatif à l'interdiction de l'amiante, pris en application du Code du travail et du Code de la consommation, JO 26 déc., p. 19126.

²⁴Crim. 10 déc. 2013, Ūno 13-83.915Ū, NP.

déduit l'impossibilité de constater l'existence d'indices graves ou concordants à l'encontre des intéressés. La chambre criminelle répond qu'en « prononçant ainsi, alors qu'il résulte de ses propres constatations que MM. U. et V. ont été mis en examen avec indication des qualifications juridiques commandées par les textes applicables pour avoir, le premier de 1971 à 1994, le second de 1979 à 1994, en tout cas depuis temps non prescrit, involontairement causé la mort de vingt-trois salariés et occasionné des blessures involontaires à dix salariés de la société Éternit, nommément désignés, la chambre de l'instruction a méconnu le texte susvisé [l'article 116] »²⁵. Dans le même sens, elle casse un arrêt de chambre de l'instruction en indiquant que « ne justifie pas sa décision, la chambre de l'instruction qui, pour annuler la mise en examen d'une personne morale du chef de destruction involontaire du bien d'autrui par l'effet d'un

incendie, retient qu'il ne résulte pas de la procédure qu'un manquement à une obligation de sécurité ou prudence imposé par la loi ou le règlement soit à l'origine de l'incendie, alors qu'elle avait relevé que de tels manquements pouvaient avoir effectivement contribué aux destructions résultant de la propagation de l'incendie »²⁶. Dans un autre arrêt, la chambre criminelle confirme la décision de la chambre de l'instruction qui annule les mises en examen pour homicides et blessures involontaires, en raison de l'exposition de salariés à l'amiante dans une usine, dès lors que, par une appréciation souveraine des faits, elle a déduit qu'il n'existait pas, en l'état de l'information, d'indices graves ou concordants contre les personnes mises en examen, rendant vraisemblable qu'elles aient pu participer, comme auteurs ou complices, à la commission des faits, d'une part, en l'absence de négligences leur étant imputables dans la surveillance de la réglementation, d'autre part, faute pour elles, d'avoir pu, dans le contexte des données scientifiques de l'époque, mesurer le risque d'une particulière gravité auquel elles auraient exposé les victimes²⁷".

A titre d'information, et comme souvent en matière internationale, il peut être intéressant de prendre connaissance de l'article 25 du Statut de Rome qui définit la « personne pénalement responsable » d'une manière qui apparaît plus large que notre droit.

Article 25

RESPONSABILITÉ PÉNALE INDIVIDUELLE

1. La Cour est compétente à l'égard des personnes physiques en vertu du présent Statut.

2. Quiconque commet un crime relevant de la compétence de la Cour est individuellement responsable et peut être puni conformément au présent Statut.

*3. Aux termes du présent Statut, **une personne est pénalement responsable et peut être punie pour un crime relevant de la compétence de la Cour si :***

a) Elle commet un tel crime, que ce soit individuellement, conjointement avec une autre

²⁵ Crim. 26 juin 2012, Ünno 12-80.319Ü, Bull. crim. no 158.

²⁶ Crim. 22 févr. 2011, Ünno 10-87.676Ü, Bull. crim. no 33 – sur ces sujets, notre article : « Du bon usage des recours contre la mise en examen », AJ pénal 2014. 283.

²⁷ Crim. 14 avr. 2015, Ünno 14-85.333Ü, Bull. crim. no 78 ; ÜD. 2015. 868, obs. C. C. cassÜ.

personne ou par l'intermédiaire d'une autre personne, que cette autre personne soit ou non pénalement responsable ;

b) Elle ordonne, sollicite ou encourage la commission d'un tel crime, dès lors qu'il y a commission ou tentative de commission de ce crime ;

c) En vue de faciliter la commission d'un tel crime, elle apporte son aide, son concours ou toute autre forme d'assistance à la commission ou à la tentative de commission de ce crime, y compris en fournissant les moyens de cette commission ;

*d) Elle **contribue de toute autre manière à la commission ou à la tentative de commission d'un tel crime par un groupe de personnes agissant de concert.***

Cette contribution doit être intentionnelle et, selon le cas :

i) Viser à faciliter l'activité criminelle ou le dessein criminel du groupe, si cette activité ou ce dessein comporte l'exécution d'un crime relevant de la compétence de la Cour ; ou

ii) Être faite en pleine connaissance de l'intention du groupe de commettre ce crime ;

e) S'agissant du crime de génocide, elle incite directement et publiquement autrui à le

commettre ;

f) Elle tente de commettre un tel crime par des actes qui, par leur caractère substantiel, constituent un commencement d'exécution mais sans que le crime soit accompli en raison de circonstances indépendantes de sa volonté. Toutefois, la personne qui abandonne l'effort tendant à commettre le crime ou en empêche de quelque autre façon

l'achèvement ne peut être punie en vertu du présent Statut pour sa tentative si elle a complètement et volontairement renoncé au dessein criminel.

4. Aucune disposition du présent Statut relative à la responsabilité pénale des individus n'affecte la responsabilité des États en droit international. »

Il apparaît toutefois que la chambre de l'instruction ne peut statuer qu'en application du droit national.

C'est dans ce cadre que la question de l'existence ou non d'indices graves ou concordants au moment de la mise en examen lui a été posée.

Il apparaît par ailleurs que, bien que la chambre de l'instruction expose les éléments de l'information recueillis après la mise en examen de l'intéressé elle ne s'en est pas servi pour répondre à la question de l'existence des indices graves ou concordants. Cela est vrai tout particulièrement des auditions des témoins cotées D 63, D 72 et D 100.

Le cas échéant, la chambre criminelle devra statuer sur la suffisance de cette motivation.

,