



AVIS ORAL DE M. MOLINS, PROCUREUR GÉNÉRAL

**Arrêts n° 668 et 669 du 12 mai 2023 – Assemblée plénière
Pourvois n° 22-80.057 et 22-82.468**

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

Monsieur le premier président,

Mesdames et Messieurs les présidents de chambre,

Mesdames et Messieurs de la Cour,

Les pourvois soumis aujourd'hui à votre Assemblée plénière posent des questions extrêmement sensibles et particulièrement importantes en ce qu'elles touchent à la répression des crimes les plus graves, des crimes qui constituent une violation de valeurs universelles, des crimes qui portent atteinte à l'humanité toute entière. Ces crimes que sont les génocides, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre se présentent comme des atteintes à des valeurs si essentielles et si fondamentales de civilisation universellement reconnues, que tous les Etats ont l'obligation de les réprimer.

Ces crimes sont considérés comme des crimes dirigés contre l'ensemble de la communauté internationale et il existe donc un intérêt international supérieur à ce qu'ils soient justement réprimés, et qu'ils le soient sans limites géographiques et pour certains sans limites temporelles. En quelque sorte, « où je te trouve, je te juge ».

L'enjeu du débat aujourd'hui, c'est la compétence universelle des juridictions françaises, et donc le positionnement de la France en matière de lutte contre l'impunité des auteurs d'atrocités constitutives d'atteintes au droit international humanitaire.

La France s'est amplement investie dans les travaux ayant conduit à l'élaboration du statut de [Localité 4] il y a 20 ans, et elle a démontré son implication depuis, pour combattre toute forme d'impunité dont pourrait bénéficier les auteurs des crimes contre l'humanité et crimes de guerre.

Elle l'a notamment démontré lorsque le législateur a souverainement décidé de prévoir la compétence universelle des juridictions françaises – complémentaire de celle de la Cour pénale internationale - pour poursuivre et juger sur notre territoire les auteurs de ces crimes internationaux.

Mais il ne faudrait pas que cette compétence universelle devienne lettre morte et c'est tout l'enjeu des débats aujourd'hui devant votre Assemblée qui porteront sur les conditions relatives à la mise en œuvre de la compétence universelle des juridictions françaises pour juger les auteurs des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre.

De la réponse que vous apporterez à ces questions dépendent de nombreuses procédures.

Aujourd'hui l'augmentation continue des flux migratoires fait que de plus en plus des dossiers traités par le pôle crimes contre l'humanité du parquet national antiterroriste (PNAT) concernent des personnes se trouvant en France. Nombre d'entre eux, ayant demandé l'asile, en sont exclus car ils sont soupçonnés d'avoir participé à la commission de crimes graves et sont dès lors signalés à la Justice sur la base de l'article 1-f de la Convention de Genève. Depuis la réforme du droit d'asile par la loi du 29 juillet 2015, l'OFPRA a ainsi adressé au parquet PNAT) 441 signalements. C'est considérable.

Ce pôle crimes contre l'humanité, crimes de guerre travaille aujourd'hui dans le cadre d'enquêtes préliminaires ou d'informations judiciaires sur 30 zones géographiques dans le monde, dont 16 sont directement susceptibles d'être impactées par la décision que vous allez rendre, parce que ces Etats n'incriminent ni les crimes contre l'humanité, ni les crimes de guerre. Ce sont notamment la Syrie, la Chine, la Lybie, l'Irak, la Russie, l'Ukraine, le Libéria et plusieurs autres pays d'Afrique. Aujourd'hui 85 enquêtes préliminaires et 79 informations judiciaires sont en cours et 13 personnes sont mises en examen pour crimes contre l'humanité et/ou crimes de guerre. Parmi ces dossiers, nombreux sont ceux qui seraient remis en cause si vous faisiez droit aux pourvois de Messieurs [R] et [W] et confirmiez la position prise le 24 novembre 2021 par la chambre criminelle qui a retenu l'incompétence des tribunaux français. Parmi ces dossiers il y a bien sûr le plus emblématique, le dossier dit du « fichier César », contenant plus de 55 000 photographies de corps torturés dans les prisons syriennes, dossier objet d'une entraide pénale très forte en Europe puisqu'il a donné lieu à la signature de la première équipe commune d'enquête de l'histoire dans la répression des CCH, entre la France et l'Allemagne en 2017.

Si votre assemblée plénière devait déclarer les juridictions françaises incompétentes, de nombreuses procédures se trouveraient donc remises en question et les personnes signalées à l'autorité judiciaire par l'OFPRA qui ne peuvent bénéficier du statut de réfugiés, mais qui ne sont ni expulsables, ni extradables, resteraient impunies sur notre territoire, qui deviendrait une sorte de refuge pour des criminels de guerre et des criminels contre l'humanité. Il en va de la crédibilité de la Justice pénale internationale et de la justice française.

J'ai demandé, comme la loi me le permet, le renvoi en assemblée plénière de ces pourvois qui posent tous deux plusieurs questions et notamment une question identique, celle de l'exigence de double incrimination. Je l'ai fait pour deux raisons.

D'abord, parce que les pourvois posent 3 questions de droit inédites.

Ensuite, car la chambre de l'instruction de la Cour d'appel de Paris a d'ores et déjà résisté à la jurisprudence [R], et maintenu sa position non seulement dans le dossier [W] et portant cette fois sur les crimes de guerre mais aussi dans d'autres dossiers puisque 3 pourvois similaires sont actuellement pendants devant la chambre criminelle en attente de votre décision pour pouvoir être examinés.

Face à cette résistance affirmée et répétée, il m'est apparu qu'un renvoi en assemblée plénière se justifiait pour des raisons de bonne administration de la Justice afin que les problèmes de droit qui vous sont soumis trouvent une solution pérenne le plus vite possible. En effet :

Soit vous confirmez la position de la chambre de l'instruction de Paris et reconnaissez la compétence des juridictions françaises. La décision de votre assemblée plénière s'imposera à tous.

Soit vous déclarez les juridictions françaises incompétentes pour juger des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité et il appartiendra alors au législateur, s'il le souhaite, de reprendre la main pour changer la loi et modifier l'article 689-11 du CPP.

Je ne reviendrai pas sur les faits, ni sur la procédure qui ont été parfaitement exposés par Madame la conseillère rapporteure. Mes conclusions orales porteront uniquement sur les trois questions, majeures et inédites, relatives aux conditions de mise en œuvre de la compétence universelle des juridictions françaises qui vous sont posées par les pourvois. Je vous renvoie à mes écritures pour les autres moyens qui me semblent devoir être rejetés.

Mais avant de les aborder plus avant, je souhaiterais évoquer rapidement la question des effets de l'opposition formée par la [1]([1]) contre l'arrêt de la chambre criminelle du 24 novembre 2021.

L'opposition, voie de rétractation, est ouverte aux parties qui n'ont pas reçu la notification du pourvoi et/ou du mémoire ampliatif ; elle n'est possible que contre les arrêts de cassation puisque seuls ceux-là sont de nature à faire grief aux défendeurs au pourvoi. En l'espèce, il est constant et non contesté que la [1], partie civile, n'a ni reçu notification du pourvoi de M. [R], ni ne s'est vu notifier le mémoire ampliatif déposé au soutien du pourvoi. Par ailleurs, l'arrêt objet de cette opposition étant bien un arrêt de cassation susceptible de faire grief à la partie civile, l'opposition paraît recevable.

Quels sont les effets de l'opposition? Je souhaite insister sur ce point car il me semble qu'en la matière, les choses devraient être clarifiées.

En effet, il résulte de plusieurs décisions de la chambre criminelle que l'opposition n'emporte l'annulation de l'arrêt qui en fait l'objet que si elle paraît à la fois recevable et bien fondée. Si l'opposition, quoique recevable, n'apparaît pas bien fondée, la Cour la rejette, laissant ainsi subsister l'arrêt frappé d'opposition. Si au contraire les moyens développés font apparaître que la solution de l'arrêt frappé d'opposition pourrait être remise en cause, la chambre criminelle juge alors l'opposition bien fondée et déclare l'arrêt de cassation nul et non avenue. On perçoit bien les avantages de cette solution qui évite à la Cour de déclarer nul un arrêt auquel se substituera un nouvel arrêt rendu dans des termes en tous points identiques. Elle présente néanmoins l'inconvénient de faire apparaître l'opposition comme un recours tendant à contester le bien-fondé de l'arrêt qui en est l'objet alors qu'elle n'a en réalité pour finalité que de faire constater l'irrégularité de la procédure au terme de laquelle cet arrêt a été rendu. En outre, cette solution conduit à porter deux appréciations successives sur le fond : une première fois lors de l'examen de l'opposition et une seconde fois, en cas d'annulation, lors de l'examen du pourvoi.

Dès lors que le code de procédure pénale ne prévoit aucune disposition spécifique relative aux effets de l'opposition contre les arrêts de la Cour de cassation, il paraît plus cohérent d'appliquer la solution de droit commun énoncée à l'article 489 du CPP qui dispose que « le jugement par défaut est non avenu dans toutes ces dispositions si le prévenu forme opposition à son exécution ».

Je vous propose donc de considérer, conformément au principe de l'effet extinctif de l'opposition, que l'opposition déclarée recevable emporte au cas présent, la mise à néant de l'arrêt rendu le 24 novembre 2021 par la chambre criminelle et d'affirmer ainsi que c'est exclusivement l'irrégularité de la procédure au terme de laquelle cet arrêt a été rendu qui emporte son annulation.

Partant, il vous reviendra de statuer à nouveau sur le bien-fondé du pourvoi formé par M. [R] contre l'arrêt de la chambre de l'instruction de Paris en date du 21 janvier 2021.

Concernant maintenant les questions posées par les pourvois,

La première question commune aux deux pourvois, est relative à la condition de double incrimination exigée par l'article 689-11 du CPP pour pouvoir retenir la compétence universelle des juridictions françaises afin de poursuivre et juger les auteurs de crimes contre l'humanité et de crimes et délits de guerre.

Historiquement, c'est le statut du tribunal militaire de Nuremberg qui a défini pour la première fois les crimes contre l'humanité comme *“l'assassinat, l'extermination, la réduction en esclavage, la déportation, et tout autre acte inhumain commis contre toutes populations civiles, avant ou pendant la guerre, ou bien les persécutions pour des motifs politiques, raciaux ou religieux lorsque ces actes ou persécutions, qu'ils aient constitué ou non une violation du droit interne du pays où ils ont été perpétrés, ont été commis à la suite de tout crime rentrant dans la compétence du Tribunal, ou en liaison avec ce crime »*.

Ce n'est qu'avec l'instauration en 1994 du nouveau code pénal, qu'une première définition de ces crimes a été introduite dans notre législation pénale. La loi d'adaptation à la Cour pénale internationale l'a ensuite modifiée pour être au plus près de la définition prévue à l'article 7§1 du statut de [Localité 4], notamment au regard de la liste des actes criminels sous-jacents qui constituent un CCH. Ainsi, aujourd'hui, l'article 212-1 du code pénal dispose que constitue un crime contre l'humanité 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. Suit la liste des actes sous-jacents parmi lesquels notamment l'atteinte volontaire à la vie, l'emprisonnement ou la privation de liberté, la torture ou encore la disparition forcée.

La France, en tant qu'Etat signataire du Statut de [Localité 4] instaurant la CPI, a fait le choix de prévoir la compétence universelle de ses juridictions, en insérant dans le code de procédure pénale un article 689-11 permettant la poursuite et le jugement en France des auteurs de génocides, crimes et délits de guerre et crimes contre l'humanité commis à l'étranger et alors que les auteurs comme les victimes sont de nationalité étrangère.

Aux termes de cet article, 4 conditions sont prévues pour retenir la compétence des juridictions françaises :

- la personne soupçonnée doit résider habituellement sur le territoire français ;

- Les faits doivent être punis par la législation de l'Etat où ils ont été commis si cet Etat ou l'Etat dont l'auteur présumé a la nationalité n'est pas partie à la Convention de [Localité 4]
- 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 ;
- 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, conférant ainsi à cette compétence extraterritoriale un caractère subsidiaire.

Concernant les crimes contre l'humanité :

Il est constant que la Syrie n'a pas ratifié le traité de [Localité 4] ni aucune convention relative à la répression des crimes contre l'humanité. Par ailleurs, aucune disposition du droit interne syrien ne réprime expressément les crimes contre l'humanité. Dès lors que le droit pénal international n'est pas d'application directe, que la Syrie n'a ratifié aucune convention relative à la répression des crimes contre l'humanité et que la loi syrienne ne renvoie pas à la coutume internationale pour la répression des crimes internationaux, il ne semble pas possible de considérer que la loi syrienne incrimine les crimes contre l'humanité. En revanche, et bien qu'aucune circonstance aggravante ne fasse référence à un plan concerté ou à une attaque généralisée, le code pénal syrien incrimine bien le meurtre, les violences, le viol, la séquestration et la torture.

Pour ce qui est des crimes et délits de guerre :

En droit français, les crimes de guerre sont des crimes commis dans un cadre particulier, celui d'un conflit armé. L'article 461 du code pénal les définit comme des infractions commises lors d'un conflit armé en violation des lois et coutumes de la guerre et des conventions internationales applicables aux conflits armés, à l'encontre des personnes ou des biens visés aux articles 461-2 à 461-31. Plus particulièrement, le droit pénal français prévoit une aggravation de peines pour les atteintes volontaires à la vie et les atteintes volontaires à l'intégrité physique ou psychique de la personne ainsi que l'enlèvement ou la séquestration commis contre une personne protégée par le droit international des conflits armés.

Enfin, l'article 461-7 du code pénal incrimine le fait de procéder à la conscription ou à l'enrôlement de mineurs de 18 ans dans les forces armées ou les groupes armés ou de les faire participer directement à des hostilités.

En droit syrien, il n'existe pas de disposition qui réprime expressément les crimes de guerre, au sens de la loi française. Mais le droit syrien incrimine le meurtre, le viol, la séquestration, la torture et, surtout, à l'article 488 bis de son code pénal, l'implication d'enfants dans les hostilités. Il interdit de recruter, ou d'impliquer un enfant dans des opérations de combat ou d'autres actes connexes.

Il est donc demandé à votre Assemblée de déterminer le sens précis à donner à l'exigence de double incrimination prévue par la loi. Il faut indiquer d'emblée que l'article 689-11 du CPP fait preuve de singularité : le principe de complémentarité contenu dans le statut de [Localité 4] que la France a ratifié appelle les Etats-parties à se mettre en capacité de poursuivre les personnes soupçonnées d'avoir commis des CCH et/ou des crimes de guerre lorsqu'elles se trouvent sur leur territoire.

Or, au-delà des objectifs affichés par la loi d'adaptation à la CPI, il est clair que le législateur français a souhaité que la compétence universelle des juridictions françaises pour la poursuite

des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre ne puisse intervenir que de façon limitée. C'est pour cette raison qu'il a autant encadré la compétence des juridictions françaises en posant ces 4 conditions cumulatives et il faut noter que la France est le seul pays à avoir posé cette exigence de réciprocité d'incrimination pourtant nullement exigée par le Statut de [Localité 4]. La France a donc fait le choix d'un système de compétence universelle qui n'est pas libéral et se distingue par sa rigueur.

Cette rigueur induit-elle pour autant que cette condition de double incrimination impose – comme cela est soutenu par les pourvois – la prévision dans la loi étrangère, d'une incrimination de l'infraction internationale dont il s'agit ? Interprétation qui priverait en réalité l'article 689-11 de la majeure partie de son effectivité, bien loin des intentions affichées par notre pays !

Ou suffit-il, comme l'a jugé la chambre de l'instruction de Paris, que les faits soient incriminés sous une qualification ne faisant pas apparaître la circonstance caractérisant le crime contre l'humanité ou le crime de guerre ? En somme faut-il exiger ici que les deux législations, française et syrienne, donnent aux faits la même qualification pour qu'ils puissent être considérés comme doublement incriminés au sens de l'article 689-11 du code de procédure pénale ? Faut-il adopter une interprétation restrictive du texte comme cela vous est demandé au soutien des pourvois et exiger une incrimination en tous points identiques ou peut-on se satisfaire d'une interprétation souple comme l'a fait la chambre de l'instruction de Paris ? **Plusieurs arguments forts militent pour une interprétation souple.**

D'abord un argument textuel : la loi impose que **les faits** soient punis par la législation du pays où ils ont été commis ; ainsi rédigé, le texte qui ne fait référence qu'aux faits, n'exige donc pas que l'Etat incrimine les crimes contre l'humanité en tant que tels, mais seulement que **les faits** concernés soient punissables et ce même sous une autre qualification. Il est d'ailleurs intéressant de noter que c'est au regard des faits commis et non des qualifications juridiques existantes que la CPI met en œuvre le principe du *non bis in idem*. L'analyse de sa jurisprudence montre que la CPI se fonde en effet uniquement sur l'existence d'une identité des comportements poursuivis, et donc des faits, sans qu'aucune identité de qualifications juridiques ne soit requise. Je pense donc que la chambre criminelle a interprété trop strictement l'article 689-11 en y ajoutant une condition que ce texte n'exigeait pas formellement. Si le législateur avait voulu cela, il aurait écrit l'article 689-11 autrement.

Ensuite, la volonté du législateur telle qu'elle ressort des débats parlementaires. Lorsque le juge doit interpréter une loi obscure, ambiguë ou dont le sens est incertain, il doit en effet s'interroger sur ce qu'a été la volonté du législateur.

Le projet de loi portant adaptation du droit pénal à l'institution de la CPI a été très discuté en ce qu'il posait des conditions restrictives à la compétence universelle des juridictions françaises : il a donné lieu à d'importants débats dont la lecture est très éclairante sur ce qu'a voulu ou plutôt n'a pas voulu le législateur en imposant l'exigence de double incrimination.

Ainsi, Thierry Mariani, rapporteur de la commission des lois de l'Assemblée nationale sur ce projet de texte indique à propos de la condition de double incrimination : *« cette condition est la traduction du principe de légalité des peines et vise à conférer une légitimité juridique à l'intervention de la justice française. Elle ne signifie, en revanche, pas que les faits doivent recevoir une incrimination identique dans les deux États: les faits doivent être effectivement réprimés dans l'autre pays, même s'ils y sont qualifiés différemment et si on leur applique des peines plus ou moins sévères. »*

De même, dans son avis fait au nom de la commission des affaires étrangères de l'Assemblée nationale, Mme Nicole Ameline indiquait que : *« l'exigence de la double incrimination ne*

signifie pas que les faits doivent recevoir une incrimination identique dans les deux Etats : les faits doivent être effectivement réprimés dans l'autre pays même s'ils y sont qualifiés différemment et si on leur applique des peines plus ou moins sévères. Ainsi le fait qu'un pays ne reconnaisse pas les crimes de guerre ne fait pas obstacle à la poursuite de l'un de ses ressortissants par la France à ce titre pour un meurtre ou un viol, si l'un ou l'autre est sanctionné dans ce pays, ce qui est universellement le cas. »

Lors des débats en séance publique à l'Assemblée nationale le 13 juillet 2010, alors que Mme Chantal Bourragué déposait un amendement visant à supprimer la condition de double incrimination, le rapporteur du texte répondait : ***« Cette condition n'est jamais que la traduction du principe de légalité des peines. Elle vise à conférer une légitimité juridique à l'intervention des juridictions françaises. Elle n'implique en revanche pas qu'il faille que les faits aient une incrimination identique dans les deux États. Les faits doivent effectivement être réprimés dans l'autre pays même s'ils sont qualifiés différemment ou si on leur applique des peines différentes ».*** Et Jean-Marie Bocquel, secrétaire d'Etat, représentant le gouvernement, d'ajouter dans le même sens : ***« contrairement à ce qui est expliqué dans l'exposé sommaire de ces amendements, il n'est imposé une identité ni des qualifications, ni des peines encourues. Aucun fait grave, que ce soit un génocide, un assassinat, un viol, n'échappera à la compétence des juridictions françaises en raison de cette exigence de double incrimination ».***

Il résulte ainsi de ces débats que la volonté - non équivoque - du législateur, en prévoyant cette condition, n'a jamais été d'imposer une identité d'incrimination, mais seulement de s'assurer du respect du principe de légalité. Et si la loi du 23 mars 2019 a supprimé la condition de double incrimination pour les crimes de génocide tout en la maintenant pour les crimes contre l'humanité et les crimes et délits de guerre, il convient de ne pas en tirer de fausses conséquences, la volonté très explicite du législateur de 2010 ne semblant pas avoir alors changé.

Il est enfin tout aussi éclairant de lire les observations développées par le gouvernement sur les recours portés devant le Conseil constitutionnel contre la loi portant adaptation du droit pénal à l'institution de la CPI : sur la condition de double incrimination, ***« le Gouvernement souhaite signaler que cette condition de double incrimination ne constituera jamais, en fait, un obstacle à la poursuite et au jugement des crimes les plus graves. Il n'est pas nécessaire en effet, pour l'application de l'article, que les dénominations des crimes soient identiques (notamment que le génocide soit, en tant que tel, incriminé) : il suffit que les faits soient pénalement sanctionnés ; or tous les Etats du monde incriminent l'assassinat et le meurtre ».***

Ainsi, au regard de l'ensemble de ces éléments, s'il est incontestable, pour reprendre les propos d'un auteur, que ***« l'article 689-11 du CPP prévoit des conditions plus restrictives qui traduisent les ambivalences et résistances d'un législateur français inquiet des débordements politiques possibles de ces procédures extraterritoriales »***, il n'apparaît pas que ce dernier ait voulu que la condition de double incrimination fasse l'objet de l'interprétation restrictive proposée au soutien du pourvoi.

Il serait d'ailleurs d'autant plus délicat d'exiger une telle identité d'incrimination que la définition française du crime contre l'humanité diffère, je vous l'ai dit, de la définition qu'en donne le droit international puisque la condition tenant à l'existence d'un « plan concerté » qui figure dans notre code pénal ne se retrouve pas dans la définition de l'article 7 du Statut de [Localité 4].

Ainsi, sauf à vider largement de sa portée la compétence universelle des juridictions françaises en matière de crimes contre l'humanité et de crimes de guerre, il convient de ne s'attacher qu'à

la « punissabilité » des faits reprochés à la personne mise en cause, conformément à la volonté du législateur qui trouve son expression dans la lettre du texte.

Enfin, 3^{ème} argument : la comparaison qui pourrait utilement être faite avec le droit de l'extradition dans le cadre duquel la chambre criminelle a récemment fait évoluer sa jurisprudence, et interprète désormais de façon très souple la condition de double incrimination. En effet par un arrêt du 24 mai 2018 relatif à une demande d'extradition formée par l'Argentine, la chambre criminelle, faisant ainsi évoluer sa jurisprudence, a jugé qu'il ne lui appartenait pas de vérifier si les faits avaient reçu, de la part des autorités de cet Etat, l'exacte qualification juridique au regard de la loi pénale de ce dernier.

Le Conseil d'Etat, qui exerce également un contrôle en matière d'extradition, ne fait pas autrement quand il estime qu'il n'appartient pas aux autorités françaises de vérifier si les faits pour lesquels l'extradition est demandée, ont reçu de la part de l'Etat réclamant, une exacte qualification juridique au regard de la loi pénale de cet Etat.

Il m'apparaît qu'appliquer cette jurisprudence souple au contrôle de la double incrimination exigée par l'article 689-11 du code de procédure pénale serait cohérent et opportun.

Pour conclure sur cette première question, il me semble donc que, tant les arguments juridiques qui viennent d'être développés que les enjeux attachés à la décision que vous rendrez, plaident pour une interprétation souple de la condition de double incrimination.

La seconde question est relative à la qualité de l'auteur des tortures au sens de l'article 689-2 du CPP et de l'article 1^{er} de la Convention de New York du 10 décembre 1984 contre la torture.

La France a, par la loi du 12 novembre 1985, ratifié la Convention de New York du 10 décembre 1984 contre la torture. Pour satisfaire à ses obligations, elle a donc inséré dans notre droit l'article 689-2 du CPP prévoyant la compétence universelle des juridictions françaises en matière de lutte contre la torture et prévoyant que pour l'application de la convention contre la torture, peut être poursuivie et jugée si elle se trouve en France, toute personne coupable de torture au sens de l'article 1^{er} de la Convention. Cet article 1^{er} définit de façon précise l'élément matériel de la torture comme « une douleur ou des souffrances aiguës physiques ou mentales lorsqu'elles sont « infligées par un agent de la fonction publique ou toute autre personne agissant à titre officiel ou à son instigation ou avec son consentement exprès ou tacite ».

Par ailleurs a été introduit dans notre code pénal un article 222-1 réprimant de façon autonome les actes de torture qui n'étaient jusque-là définis que comme une circonstance aggravante des crimes.

Dans son pourvoi, M. [W] reproche à la chambre de l'instruction de Paris d'avoir retenu la compétence des juridictions françaises au motif que le groupe islamiste salafiste Jaysh Al Islam (JAI) dont M. [W] était le porte-parole, s'était comporté comme une entité composée de plusieurs milliers de combattants qui avaient exercé des pratiques généralisées d'intimidation, de pression et de répression infligeant dans ce cadre des douleurs et infligeant des souffrances, soit exactement le cadre de la Convention de New York, alors pourtant que le champ de la Convention est limité aux crimes de tortures perpétrés par des agents de la force publique de l'Etat concerné ou des personnes agissant à titre officiel pour cet Etat.

La question qui vous est posée peut donc s'énoncer ainsi :

- La qualité de l'auteur des tortures telle qu'énoncée par l'article 1^{er} de la Convention de New York est-elle une condition pour retenir la compétence universelle des juridictions françaises telle que prévue par l'article 689-2 du CPP ?
- Le cas échéant, et au regard de l'article 1^{er} de cette Convention qui se réfère à la notion d'agent de la fonction publique ou tout autre personne agissant à titre officiel, la compétence universelle des juridictions françaises peut-elle être retenue lorsque les faits de torture sont reprochés à des représentants d'une entité non étatique mais agissant comme telle ?

Pour répondre à la question, il est essentiel de se pencher sur les travaux préparatoires de la convention. Cette lecture est éclairante : elle démontre que la Convention de New York entend opérer une distinction entre les tortures commises dans un cadre privé et celles commises dans un cadre officiel pour ne s'intéresser qu'à ces dernières. Comme l'écrit un auteur, la Convention de New York est le « résultat d'un compromis et ne concerne que la torture officielle, c'est-à-dire celle qui est pratiquée ou ordonnée par une personne investie d'une fonction officielle, à l'exclusion des tortures infligées entre personnes privées ». Il serait donc paradoxal de dire que le texte prévoyant la compétence des juridictions françaises pour l'application de cette Convention se désintéresse de la qualité de l'auteur des tortures et du contexte dans lequel il a agi et il s'en déduit au contraire logiquement que cette qualité est une condition nécessaire pour que puisse être retenue la compétence universelle des juridictions françaises instituée par l'article 689-2 du CPP.

Est-ce à dire pour autant que la formulation « agent de la fonction publique ou toute autre personne agissant à titre officiel » ne fasse référence qu'aux seuls agents de l'Etat dans le cadre d'une interprétation restrictive de cette notion ?

A ce jour vous n'avez rendu aucune décision sur l'interprétation à donner à cette qualité d'auteur. Il convient donc de se référer à l'interprétation internationale qui a pu en être faite.

Les travaux préparatoires de la Convention de New York démontrent une volonté des Etats d'adopter une définition large de la qualité d'auteur de torture au sens de l'article 1^{er} de la Convention. Alors que le projet initial ne visait que les « seuls agents de la fonction publique ou à leur instigation », plusieurs pays ont voulu l'élargissement de la notion. A donc été ajoutée la mention « personne agissant à titre officiel ».

Par ailleurs, un comité contre la torture a été institué par l'article 17 de la Convention afin de surveiller l'application de la Convention et d'assurer l'interprétation de ses dispositions.

Il résulte des différentes décisions qu'il a rendues, (Elmi c/ Australie ou concernant la Somalie) que le comité contre la torture interprète de manière relativement large les qualités d'agent de la fonction publique ou de personne ayant agi à titre officiel. Ainsi, dans des circonstances dans lesquelles le pays considéré était dénué de gouvernement central et où l'acteur non étatique exerçait certaines prérogatives comparables à celles exercées habituellement par les gouvernements légitimes, il a qualifié des agents non étatiques d'agents de la fonction publique ou de personnes agissant à titre officiel. L'analyse des décisions du comité contre la torture démontre bien que le terme « autre personne agissant à titre officiel » est clairement plus large que les seuls agents de la fonction publique et inclut les groupes de rebelles, de guérilleros ou d'insurgés exerçant une autorité de fait dans certaines régions.

Cette interprétation, reprise par la Cour suprême du Royaume Uni dans un arrêt du 13 novembre 2019, et par le Tribunal pénal international pour l'ex Yougoslavie dans une affaire concernant l'armée bosno-serbe de la République Srpska, est totalement conforme à l'esprit de

la convention qui est de protéger les personnes privées, les populations, de la torture exercée par les autorités, même quand celles-ci sont des autorités de fait.

Retenant une telle interprétation du texte, la Cour d'assises de Paris a prononcé le 2 novembre dernier, sur le fondement de l'article 689-2 du code de procédure pénale, une condamnation du chef d'actes de torture alors même que l'accusé n'était pas un agent de l'Etat mais disposait d'un poste de commandement d'un groupe armé (ULIMO) exerçant un contrôle effectif sur le territoire qu'il occupait dans le district de Foya au Libéria et qu'il devait donc être considéré comme une autorité agissant à titre officiel.

J'ajouterai qu'une telle lecture large de la notion « d'agent agissant à titre officiel » correspond parfaitement à la situation de guerre civile qui existait en Syrie depuis 2012, où l'Etat syrien contrôlait moins de la moitié de son territoire, l'autre partie étant sous la coupe de l'armée syrienne libre ou de faction sunnites salafistes et d'organisations terroristes. La partie orientale de la plaine de la Gouta était ainsi sous l'autorité de fait des milices JAI. Et c'est ce qu'a parfaitement indiqué la chambre de l'instruction dans le cadre de sa motivation.

Je vous invite donc à approuver sur ce point l'arrêt attaqué qui a justement retenu la compétence des juridictions françaises.

Enfin, la dernière question est celle de la condition de résidence habituelle prévue par l'article 689-11 du CPP. M. [W] reproche à l'arrêt attaqué d'avoir retenu la compétence des juridictions françaises en considérant que la condition de résidence habituelle exigée par la loi était remplie, alors qu'il résultait des pièces du dossier que l'intéressé résidait de manière stable, effective et durable en Turquie et qu'il n'était en France que pour une durée limitée de trois mois afin d'y suivre des conférences universitaires de sorte que sa résidence habituelle ne pouvait être fixée sur le territoire de la République.

La question posée est donc celle de l'interprétation à donner à la notion de « résidence habituelle » telle que prévue à l'article 689-11 du CPP. Comme je l'ai indiqué précédemment, cet article qui prévoit la compétence universelle des juridictions françaises en matière de lutte contre les CCH et crimes et délits de guerre, pose quatre conditions pour que cette compétence puisse être retenue, dont l'exigence que la personne poursuivie ait sa résidence habituelle sur le territoire national.

Cette condition se distingue de celle plus souple prévue habituellement pour retenir la compétence universelle des juridictions françaises pour l'application d'une convention internationale, puisque l'article 689-1 du CPP exige seulement que l'auteur « *se trouve sur le territoire national* ». Votre Cour n'a jamais eu à se prononcer sur la définition et la portée de cette notion. A nouveau la question est inédite.

Si plusieurs dispositions du code pénal et du code de procédure pénale font référence à la notion de « résidence habituelle » aucune définition pénale du terme n'existe à ce jour, ni dans les textes, ni dans la jurisprudence. Tout au plus la chambre criminelle a-t-elle eu l'occasion de juger, dans un arrêt du 4 août 1984, pour déterminer la compétence de la juridiction saisie, qu'une même personne pouvait avoir deux résidences habituelles.

La notion de résidence habituelle se retrouve par ailleurs dans de très nombreux textes non pénaux qui font apparaître qu'elle est mise en œuvre dans des cas de figure très divers que ce soit dans le code de la sécurité sociale, le code du travail, le code de procédure civile, ou encore le code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile. La définition de la résidence habituelle varie alors en fonction du rôle qui lui est attribué par ces différents textes.

On peut citer quelques solutions, qui, tout à la fois, mettent en évidence l'impossibilité de donner une définition unique de ce que doit être la résidence habituelle et permettent de dégager quelques critères d'appréciation.

Ainsi, en droit de la famille, la 1^{ère} chambre civile de votre Cour a défini la résidence habituelle comme « *le lieu où l'intéressé a fixé, avec la volonté de lui conférer un caractère stable, le centre permanent ou habituel de ses intérêts, qu'ils soient matériels ou familiaux* »

En matière de nationalité, la résidence habituelle s'entend « *d'une résidence présentant un caractère effectif et stable coïncidant avec le centre des attaches familiales et des occupations de l'intéressé.* »

En matière de succession, le juge, pour déterminer la résidence habituelle du défunt, apprécie « *la durée et la régularité de la présence du défunt dans l'Etat concerné ainsi que les conditions et les raisons de cette présence, révélant un lien étroit et stable avec l'Etat concerné* ».

En matière de naturalisation enfin, le caractère de stabilité et de permanence doit coïncider avec le centre des attaches familiales et des occupations professionnelles du postulant.

En droit européen et en droit international, la notion de « résidence habituelle » est omniprésente et constitue en droit international de la famille le principal critère de rattachement relatif à la compétence judiciaire et à la loi applicable. Cependant, ni les textes internationaux, ni les textes européens ne donnent une définition de la notion. Dans sa jurisprudence, la Cour de justice de l'Union européenne ne la donne pas davantage. Elle propose en revanche des critères d'appréciation permettant de déterminer la « résidence habituelle » au regard de la matière concernée et des faits de l'espèce.

En réalité, tant la Cour de Luxembourg, que la Cour de cassation, rappellent avec constance, que la détermination de la résidence habituelle est une question de fait qui doit être laissée à l'appréciation des juges du fond. La CJUE précise ainsi que, plus que la durée, « *compte surtout la volonté de l'intéressé d'y fixer, avec l'intention de lui conférer un caractère stable, le centre permanent ou habituel de ses intérêts* » de sorte que « *la durée d'un séjour ne saurait servir que d'indice dans le cadre de l'évaluation de la stabilité de la résidence, cette évaluation devant être effectuée à la lumière de l'ensemble des circonstances de fait particulières du cas d'espèce* ».

Se fondant sur cette décision, la 1^{ère} chambre civile de la Cour de cassation a énoncé que la notion de résidence habituelle ***est caractérisée, en principe, par deux éléments, à savoir, d'une part, la volonté de l'intéressé de fixer le centre habituel de ses intérêts dans un lieu déterminé, d'autre part, une présence revêtant un degré suffisant de stabilité sur le territoire de l'État membre concerné,*** l'environnement d'un adulte étant de nature variée, composé d'un vaste spectre d'activités et d'intérêts, notamment professionnels, socioculturels, patrimoniaux, ainsi que d'ordre privé et familial, diversifiés. ***Ces éléments étant appréciés souverainement par les juges du fond.***

Il résulte de ces solutions, que la notion de résidence habituelle, intervenant dans des matières extrêmement variées, ne saurait revêtir une seule et unique définition et que le sens qui lui est donné, varie nécessairement au gré de l'objectif poursuivi par le texte qui la prévoit. Il ne saurait y avoir une interprétation unique d'une notion intervenant dans des domaines aussi variés que ceux qui viennent d'être évoqués et dont la finalité est à chaque fois différente. Il serait tout aussi incongru qu'inopérant de vouloir transposer à la lutte contre l'impunité des auteurs de génocides, de crimes contre l'humanité et de crimes de guerre, les solutions qui ont été retenues en droit de la famille, en droit de la nationalité ou encore en droit des successions, tant il semble évident que la condition de résidence habituelle ne peut être

analysée de la même façon lorsqu'elle est exigée pour accorder la nationalité française ou un titre de séjour et lorsqu'elle l'est pour déterminer la compétence des juridictions françaises en matière de crimes internationaux.

C'est donc à l'aune de la volonté du législateur qui a imposé que la condition de résidence habituelle figure à l'article 689-11 du code de procédure pénale, que votre Assemblée devra – après avoir dégagé certains critères d'interprétation de cette notion **au sens de cet article** – déterminer, dans le cadre du contrôle de la motivation des juges du fond, si c'est à bon droit, que l'arrêt attaqué a jugé que cette condition était en l'espèce remplie.

Quelle a été la volonté du législateur lorsqu'il a imposé la condition de résidence habituelle ?

Lorsqu'on lit les débats parlementaires, où s'affrontaient les partisans d'une telle condition, et ceux qui s'y opposaient et pour lesquels la seule présence sur le territoire national d'auteurs des crimes internationaux les plus graves devait suffire à donner compétence à nos juridictions pour les poursuivre et les juger, on voit que le parlement a tranché en faveur de la résidence habituelle. S'il n'en ressort aucune définition de cette notion, on peut en revanche y trouver ce que le législateur a impérativement souhaité éviter en posant une telle condition.

On y voit que la condition de résidence habituelle vise à s'assurer de l'existence d'un lien entre la France et la personne poursuivie afin qu'aucun auteur d'un crime international ne puisse « trouver refuge en France », mais qu'un « **simple passage sur notre territoire, pendant quelques heures, ne saurait, constituer un lien suffisant** ». **Néanmoins, les parlementaires ont tenu à rappeler que « la condition de résidence habituelle n'[était] pas aussi exigeante que celle de résidence permanente ou de résidence principale. »**

Il est ainsi certain qu'une personne qui se trouverait sur le territoire national de façon occasionnelle, ponctuelle, ou précaire ou qui ne serait que de passage ne pourrait relever de la compétence des juridictions françaises.

Pour autant, le législateur n'a pas souhaité assimiler la notion de résidence habituelle à celle de résidence principale ou de résidence permanente. Aussi, sans fixer aucun critère de durée, qui ne doit être qu'un indice parmi d'autres, il n'a pas non plus exigé de caractère exclusif de la résidence mais seulement souhaité que la résidence habituelle réponde à une certaine idée de stabilité, et qu'en ce sens, un lien objectif et suffisant avec la France puisse être établi.

Partant, et bien que l'appréciation *in concreto* de la résidence habituelle dépendra toujours des éléments factuels de chaque cas, votre Assemblée pourra dégager de l'intention du législateur des critères d'appréciation à l'aune desquels les juridictions du fond pourront déterminer si la condition de résidence habituelle est effectivement remplie.

Vous devrez donc apprécier la motivation de l'arrêt attaqué au regard de ces observations.

En l'espèce, pour décider que la condition de résidence habituelle était remplie, la chambre de l'instruction a retenu que *le fait que [P] [W] vive principalement en Turquie, à supposer cette information exacte puisqu'il s'agit en réalité du logement de ses parents, n'a pas pour conséquence automatique qu'aucune autre résidence ne serait pour lui habituelle. De même, "la résidence habituelle doit répondre à une idée de stabilité, sans qu'aucun critère de durée ne soit fixé".*

En l'espèce, il n'est pas contesté que [P] [W] s'est installé à [Localité 3] le 7 novembre 2019. Depuis qu'il vivait en France, il s'est rendu à [Localité 4] et à [Localité 5], ainsi qu'il l'a confirmé

aux enquêteurs, précisant qu'il avait l'intention de se rendre en Belgique et au Danemark "pour le tourisme". Entre ces différents voyages, il est revenu à Marseille.

Ces différents éléments montrent une stabilité certaine de résidence dans la cite phocéenne durant cette période de plus de trois mois.

Le critère de résidence habituelle est ainsi rempli. »

En l'espèce, il apparaît que la chambre de l'instruction s'est attachée à démontrer au regard d'un faisceau d'indices, que M. [W] n'était pas uniquement de passage en France, que son séjour, bien que limité dans le temps n'avait rien d'occasionnel ni de fortuit puisqu'il s'agissait d'y mener un projet personnel, à savoir de suivre des cours dans une université française, et que le temps de cet enseignement, M. [W] s'était comporté comme une personne résidant en France, (installation dans un appartement, abonnements de transport et de téléphone, fréquentation de la mosquée de son quartier) démontrant, outre une stabilité objective du séjour sur le territoire, sa volonté de donner à ce séjour un caractère stable établissant un lien avec la France. Et elle en a conclu que le critère de résidence habituelle s'en trouvait dès lors parfaitement rempli.

Je suis convaincu qu'aucune autre décision n'était en l'espèce possible.

En effet il n'est pas possible de dire que le législateur en prévoyant la condition de « résidence habituelle » ait pu vouloir permettre à de potentiels auteurs des pires crimes qui soient, de venir en France pour y mener à bien un projet personnel, et ce, que ce projet consiste dans le fait de suivre des études, une formation ou un stage. Il me semble que la durée n'y change rien. Il n'est en effet pas envisageable qu'une personne, potentiellement auteur de crimes contre l'humanité ou de crimes de guerre puisse venir s'installer en France, même provisoirement pour bénéficier- comme c'était le cas pour M. [W] – d'un enseignement scolaire. Dès lors que la personne vient en France dans un intérêt personnel, pour réaliser un projet personnel, qui se traduit par une installation sur le territoire, même temporaire, il m'apparaît que le critère de la résidence habituelle est rempli et correspond au « lien suffisant avec la France » auquel a fait référence le législateur.

Dire autre chose serait à mes yeux choquant.

C'est pourquoi, il m'apparaît que c'est donc sans insuffisance ni contradiction que la chambre de l'instruction a jugé dans le cadre de son appréciation souveraine des faits, que la condition de résidence habituelle était remplie et a pu, en conséquence, à bon droit, retenir la compétence des juridictions françaises. Et je vous demande, sur ce point encore, de ne pas faire droit au pourvoi.

Pour conclure, au regard de l'ensemble des éléments développés aujourd'hui à l'audience, mais aussi dans le cadre de mes travaux écrits, j'ai l'honneur de demander à votre Assemblée, de rejeter les pourvois formés par MM. [R] et [W].

Par la décision que votre Assemblée rendra, elle apportera les réponses – fortement attendues - à ces questions inédites relatives aux conditions de la compétence universelle des juridictions françaises en matière de crimes contre l'humanité et crimes de guerre et elle dira ainsi le droit. Enfin, si vous décidez de retenir la compétence des juridictions françaises, il est certain que votre décision contribuera à restaurer la crédibilité de la Justice française et donc à renforcer la justice pénale internationale par rapport à tous les drames qui se déroulent sous nos yeux.