

**L'ADAPTATION DU DROIT PENAL FRANÇAIS
AU STATUT DE LA COUR PENALE INTERNATIONALE :
ETAT DES LIEUX**

Spyridon AKTYPIS*

Docteur en droit, Université Panthéon-Assas Paris II

La France s'est engagée très tôt en faveur de la création de la Cour pénale internationale (CPI), notamment en 1998 lors de la Conférence diplomatique de plénipotentiaires des Nations Unies sur la création d'une cour criminelle internationale, dite Conférence de Rome. Cet engagement ferme de la France se reflète dans la signature du Statut de la CPI dès le 18 juillet 1998 et dans la ratification intervenue le 9 juin 2000 après la saisine du Conseil constitutionnel et la révision subséquente de la Constitution. La France est ainsi devenue le 12^{ème} Etat - et le 2^{ème} membre de l'Union européenne - à y adhérer. Après la ratification, deux étapes supplémentaires ont été franchies. La première avec l'adoption de la loi n° 2002-268 du 26 février 2002 relative à la coopération avec la CPI, qui n'est pas issue d'un projet de loi mais d'une proposition de loi présentée par Robert Badinter au Sénat. La deuxième avec la loi n° 2003-1367 du 31 décembre 2003 qui autorise l'approbation de l'accord sur les privilèges et immunités de la CPI. Cependant, un troisième volet et non des moindres restait en suspens, celui de l'adaptation du droit pénal substantiel au Statut de Rome. C'est cette adaptation qui est l'objet du projet de loi n° 308 (2006-2007) adopté en première lecture par le Sénat le 10 juin 2008¹. La perspective de son adoption par l'Assemblée nationale a d'ailleurs permis cinq jours plus tard le retrait de la réserve française à l'égard de la compétence de la CPI pour juger les crimes de guerre².

L'adaptation du droit pénal interne au Statut de Rome semble à première vue s'imposer comme une vérité. En effet, dans la mesure où le Statut prévoit que la Cour sera complémentaire des juridictions pénales nationales, le droit pénal substantiel des Etats parties devrait être adapté à celui-ci, notamment aux dispositions relatives aux crimes dont la Cour a compétence pour les connaître. Or, s'il s'agit là d'une évidence logique, elle ne constitue pas nécessairement une règle de droit. Il conviendra dès lors de répondre à la question de savoir si l'adaptation du droit pénal interne substantiel correspond à une obligation internationale qui incomberait aux Etats parties au Statut. La réponse que nous apporterons à cette question éclairera les dispositions du projet de loi portant adaptation

* Docteur en droit international public de l'Université Panthéon Assas Paris II et chargé des cours à l'IEP de Paris. Chercheur au Centre de recherche sur les droits de l'homme et le droit humanitaire (CRDH) de l'Université Panthéon Assas Paris II.

¹ Le projet de loi n° 308 (2006-2007) portant adaptation du droit pénal à l'institution de la Cour pénale internationale a été déposé au Sénat le 15 mai 2007.

² Voir *infra*.

du droit pénal à l'institution de la CPI, tel qu'adopté en première lecture par le Sénat. Dans un premier temps nous allons examiner la question de l'identification de l'obligation d'adaptation au regard du droit international (I) avant de nous pencher, dans un second temps, sur la mise en application de cette obligation en droit interne français (II).

I. – L'IDENTIFICATION DE L'OBLIGATION D'ADAPTATION AU REGARD DU DROIT INTERNATIONAL

Afin de répondre à la question de savoir si l'adaptation du droit pénal interne au Statut de la CPI découle ou non d'une obligation au regard du droit international, il convient en premier lieu d'identifier le fondement de l'obligation en question (A) et ensuite de circonscrire son contenu (B).

A. – Le fondement de l'obligation

L'obligation d'adaptation découle implicitement des dispositions du corps du Statut (2) et doit être interprétée à la lumière du Préambule de celui-ci (1).

1. - Une obligation interprétée à la lumière du Préambule du Statut de la CPI

Dans le quatrième paragraphe du Préambule les Etats parties affirment « 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 »³. Au sixième paragraphe du même Préambule ils rappellent « qu'il est du devoir de chaque État de soumettre à sa juridiction criminelle les responsables de crimes internationaux »⁴. Là où le quatrième paragraphe consacre une obligation de prendre des mesures dans le cadre national afin d'assurer la répression des crimes les plus graves, le sixième se réfère à un « devoir » des Etats parties de faire juger les responsables des crimes internationaux par leur propre appareil de répression pénale. Le Préambule semble donc imposer aux Etats parties une obligation, certes vague, de prendre les mesures nécessaires pour que leurs juridictions pénales puissent se déclarer compétentes pour connaître des crimes les plus graves, comme ceux prévus à l'article 5 du Statut. Or, afin d'identifier la valeur

³ Ce paragraphe du Préambule est repris des recommandations du coordonnateur sur le texte du Préambule du Statut et du chapitre XIII sur les clauses finales : A/CONF.183/C.1/L.73, 14 juillet 1998, Conférence diplomatique des plénipotentiaires des Nations Unies sur la création d'une Cour criminelle internationale. Une proposition présentée par l'Espagne avait un contenu identique au cinquième paragraphe du Préambule : A/CONF.183/C.1/L.22, 26 juin 1998.

⁴ Ce paragraphe du Préambule est issu d'une proposition quasi identique de la République dominicaine : A/CONF.183/C.1/L.52, 6 juillet 1998.

normative de cette disposition qui découle du Préambule, il faut au préalable se pencher sur la portée normative du Préambule du Statut dans son ensemble⁵.

Si « la doctrine n'apporte pas de réponse nette à la question de la valeur juridique des préambules »⁶, en s'appuyant sur la jurisprudence de la Cour internationale de Justice (CIJ)⁷ certains auteurs sont de l'avis que le préambule fait partie, au même titre que les articles, des normes du droit des traités⁸. Pour H. Kelsen, ce n'est pas tant la place d'une norme dans le préambule ou dans le corps d'un traité qui fait d'elle une règle de droit. Fidèle à sa théorie liant règle de droit et sanction, il considère qu'une clause aussi bien dans le préambule que dans le corps du traité doit contenir une obligation juridiquement sanctionnée pour avoir une valeur juridique⁹. Or, concernant la supposée obligation d'adapter le droit pénal substantiel qui découlerait du Préambule, aucune sanction n'est prévue en cas de non respect par les Etats parties. Il reste qu'à défaut d'une législation nationale permettant de remplir une telle obligation, la Cour peut toujours se saisir conformément notamment à l'article 17. Or, une saisine de la CPI en vertu de cette dernière disposition peut difficilement être considérée comme une « sanction » au sens que H. Kelsen accorde à ce terme¹⁰. Dans son arrêt rendu le 18 juillet 1966 dans les *Affaires du Sud-Ouest africain* la CIJ a semé le trouble sur la valeur normative du Préambule de la Charte des Nations Unies en estimant que les considérations humanitaires du préambule de ladite Charte ne sont pas « en elles-mêmes » des règles de droit¹¹. L'article 31 § 2 de la Convention de Vienne sur le droit des traités est tout aussi ambigu sur la valeur normative du préambule car il l'assimile au texte du traité dans le seul cadre du « contexte »... : « Aux fins de l'interprétation d'un traité, le contexte comprend, outre le texte, préambule et annexes inclus (...) ».

Les travaux préparatoires relatifs au Préambule de la CPI ne nous renseignent guère plus sur sa portée normative. C'est seulement dans une proposition soumise par Andorre concernant les deux premiers paragraphes du Préambule¹² que l'on trouve un avis sur la valeur juridique du Préambule de la CPI, et ce de manière incidente : « la création d'une cour criminelle internationale est un événement historique d'une importance

⁵ Sur la portée normative du préambule des traités internationaux, voir SUY E., « Le préambule », in YAKPO E. et BOUMEDRA T. (dir.), *Liber amicorum judge Mohammed Bedjaoui*, La Haye/Londres/Boston, Kluwer Law International, 1999, pp. 253-269, et YOU P., *Le préambule des traités internationaux*, Fribourg, Librairie de l'Université, 1941, 146 p.

⁶ COT J.-P. et PELLET A., « Préambule », in COT J.-P., PELLET A., FORTEAU M. (dir.), *La Charte des Nations Unies. Commentaire article par article*, Paris, Economica, 2005, 3^{ème} édition, vol. I, p. 290.

⁷ CIJ, *Affaire du droit d'asile (Colombie/Pérou)*, arrêt du 20 novembre 1950, p. 282, et CIJ, *Affaire relative aux droits des ressortissants des Etats-Unis d'Amérique au Maroc (France c. Etats-Unis d'Amérique)*, arrêt du 27 août 1952, p. 196 (www.icj-cij.org). Dans ces deux affaires la CIJ se réfère au préambule afin d'identifier l'objet dans la première affaire, les buts et l'objet dans la seconde, des traités en cause.

⁸ De VISSCHER Ch., *Problème d'interprétation judiciaire en droit international public*, Paris, Pedone, 1963, p. 61, cité par COT J.-P. et PELLET A., *op. cit.*, p. 290.

⁹ KELSEN H., *The Law of the United Nations*, Londres, Stevens and Sons Ltd, p. 9, cité par COT J.-P. et PELLET A., *op. cit.*, pp. 291 et s.

¹⁰ KELSEN H., *Théorie générale du droit et de l'Etat. La doctrine du droit naturel et le positivisme juridique*, Paris/Belgique, Bruylant/L.G.D.J., coll. « La pensée juridique », 1997, pp. 80-94.

¹¹ CIJ, *Affaires du Sud-Ouest africain (Ethiopie c. Afrique du Sud, Libéria c. Afrique du Sud) (deuxième phase)*, arrêt du 18 juillet 1966, par. 50 (www.icj-cij.org).

¹² Le but affiché d'Andorre était d'utiliser un langage qui faciliterait la vulgarisation du Statut et des objectifs poursuivis par la création d'une juridiction pénale internationale permanente, A/CONF.183/C.1/L.32, 30 juin 1998.

exceptionnelle qui justifie l'inclusion dans le préambule d'un texte exaltant et néanmoins très précis qui s'articulerait autour d'une déclaration d'intention fondamentale et serait rédigé dans un style analogue à celui du Préambule de la Charte des Nations Unies par exemple »¹³. Au silence des travaux préparatoires quant à la portée normative du Préambule du Statut¹⁴, il faut ajouter celui de la jurisprudence de la CPI elle-même sur le Préambule. En effet, de façon délibérée ou non, dans sa jurisprudence la CPI ne se réfère jamais aux dispositions du Préambule lorsqu'elle traite des questions de recevabilité, questions qui sont étroitement liées au principe de complémentarité. Le rôle du Préambule semble dès lors se limiter à celui d'un instrument complémentaire dans le cadre de l'interprétation des dispositions du corps du Statut de Rome.

2. - Une obligation découlant implicitement des dispositions du corps du Statut

La complémentarité dans les rapports entre les juridictions pénales nationales et la CPI découle directement et indirectement d'un certain nombre de dispositions du Statut. Aux deux paragraphes du Préambule cités plus haut, il faut aussi ajouter le dixième paragraphe selon lequel la CPI est « complémentaire des juridictions pénales nationales »¹⁵. On retrouve la même formule dans l'article 1^{er}, alinéa 2, du Statut. Enfin, le rapport de complémentarité entre les juridictions pénales nationales et la CPI est explicitement articulé dans l'article 17 du Statut qui traite des questions relatives à la recevabilité¹⁶. Ainsi, si l'on s'en tient au Statut, la complémentarité est la qualité principale des rapports qu'il établit entre les juridictions nationales et la CPI.

D'ailleurs, c'est à partir du Statut que la doctrine dégage un « principe de complémentarité »¹⁷. Il convient de relever tout d'abord que l'emploi du terme

¹³ A/CONF.183/C.1/L.32, 30 juin 1998.

¹⁴ En revanche, la portée normative du Préambule est traitée dans le cadre des travaux de la Commission du droit international (CDI) sur le projet de Statut d'une cour criminelle internationale. Voir à cet égard, TRIFFTERER O., « Preamble - Legal and political importance », in TRIFFTERER O. (dir.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court : observers' notes, article by article*, Baden-Baden, Nomos, 1999, pp. 4 et s.

¹⁵ La complémentarité comme attribut principal de la CPI figurait déjà dans le Préambule du projet de Statut d'une cour criminelle internationale préparé par la CDI, Rapport de la CDI sur les travaux de sa quarante-sixième session, Annuaire de la CDI, vol. II (Deuxième partie), 1994, p. 28, par. 91.

¹⁶ Voir *infra*.

¹⁷ BRUBACHER M. R., « Prosecutorial discretion within the International Criminal Court », *Journal of international criminal justice (JICJ)*, vol. 2, n° 1, 2004, p. 78 ; DELMAS-MARTY M., « La Cour pénale internationale et les interactions entre droit interne et international », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, n° 1, 2003, p. 1 ; EL ZEIDY M. M., « The Principle of Complementarity: A New Machinery to Implement International Criminal Law », *Michigan Journal of International Law*, vol. 23, 2002, p. 889 ; HOLMES J., « The Principles of Complementarity », in LEE R. S. (dir.), *The Making of the Rome Statute. Issues, Negotiations, Results*, The Hague, Kluwer, 1999, *passim*. ; KAUL H.-P., « The international criminal court : jurisdiction, trigger mechanism and relationship to national jurisdictions », in POLITI M. et NESI G. (dir.), *The Rome Statute of the International Criminal Court, A Challenge to Impunity*, Ashgate, 2001, p. 59 ; LATTANZI F., « The International Criminal Court and National Jurisdictions », in POLITI M. et NESI G., *op. cit.*, pp. 180 et ss. ; LEE R. S., « States' responses: issues and solutions », in LEE R. S. (dir.), *States' Responses to Issues arising from the ICC Statute: Constitutional, Sovereignty, Judicial Cooperation and Criminal Law*, Ardsley New York, Transnational Publishers, 2005, p. 13 ; MANACORDA St. et WERLE G., « L'adaptation des systèmes pénaux nationaux au Statut de Rome : le paradigme du "Völkerstrafgesetzbuch" allemand », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, n° 3, 2003, p. 503 ; MEYER F., « Complementing Complementarity », *International Criminal Law Review*, vol. 6, 2006, pp. 550 et s. ; ROBINSON D., « The Rome Statute and its impact on national law », in CASSESE A., GAETA P. et JONES

« principe » en référence à la complémentarité n'est pas anodin et vise à ériger cette dernière en une règle qui transcenderait le Statut et produirait certains effets juridiques en dehors de celui-ci. Il est vrai que la complémentarité, telle que prévue et organisée par le Statut, touche de manière directe aux seules questions de procédure¹⁸. En revanche, le Statut ne prévoit rien quant à la façon dont les Etats mettraient en œuvre cette complémentarité. Il se contente de la proclamer et, à la lumière du Préambule, de la lier au « devoir » des Etats parties de juger les responsables des crimes les plus graves. Ainsi, il accorde aux Etats parties au Statut la priorité en matière de compétence, et à la CPI une compétence subsidiaire.

La complémentarité peut donc être qualifiée de « principe » en ce sens qu'elle constitue un mécanisme qui instaure un équilibre délicat et nécessairement fragile entre l'obligation de poursuivre et réprimer les crimes « les plus graves » prévus et définis dans le Statut, et le souci de préserver la souveraineté des Etats auxquels incombe en premier lieu l'obligation de juger les responsables des crimes en question¹⁹. Dans la mesure où le succès de l'appareil de répression pénale mis sur pied par le Statut dépend en grande partie de la mise en œuvre de la complémentarité, telle que prévue et encadrée par ce même Statut, cette dernière peut en effet être qualifiée de « pierre angulaire » de l'ensemble du système de la CPI²⁰. L'emploi du terme « principe » vise donc à mettre en évidence son rôle pivot dans le fonctionnement de la juridiction pénale internationale permanente.

Quant aux éventuels effets du principe de complémentarité sur le droit pénal interne substantiel, les auteurs sont partagés. Une minorité considère qu'un des effets produits par ledit principe est l'obligation d'adapter le droit pénal national substantiel au Statut²¹. Aux antipodes de ce courant se trouve un autre qui refuse l'existence d'une telle obligation²². Claude Jorda et Bruno Cotte, ancien et nouveau juges français à la CPI,

J. R. W. (dir.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Oxford University Press, vol. II, 2002, pp. 1860 et ss.; OLÁSOLO H., « The triggering procedure of the International Criminal Court, procedural treatment of the principle of complementarity, and the role of Office of the Prosecutor », *Guest Lecture Series of the Office of the Prosecutor*, La Haye, 24 mars 2004, *passim*, (www.icc-cpi.int). D'autres ne se réfèrent pas au "principe" de complémentarité mais à la complémentarité de la Cour tout court : BECHERAOUI D., « L'exercice des compétences de la Cour pénale internationale », *Revue internationale de droit pénal*, vol. 76, n° 3-4, 2005, pp. 367 et ss.

¹⁸ Voir l'article 17 du Statut *infra*.

¹⁹ NEWTON M. A., « Comparative complementarity : domestic jurisdiction consistent with the Rome Statute of the International Criminal Court », *Military Law Review*, vol. 167, 2001, p. 73.

²⁰ MEYER F., *op. cit.* p. 550. EL ZEIDY M. M., *op. cit.*, p. 889.

²¹ RELVA H., « The Implementation of the Rome Statute in Latin American States », *Leiden Journal of International Law (Leiden JIL)*, vol. 16, n° 2, 2003, pp. 338. Pour une position dans le même sens mais de manière implicite, LATTANZI F., « The International Criminal Court and National Jurisdictions », in POLITI M. et NESI G. (dir.), *op. cit.*, pp. 180 et s., et SAAS C., « La nécessaire adaptation du droit français au Statut de Rome », *Actualité juridique Pénal Dalloz*, n° 6/2007, p. 267. Voir aussi DELMAS-MARTY M., « La CPI et les interactions entre droit international pénal et droit pénal interne à la phase d'ouverture du procès pénal », in *Guest Lecture Series of the Office of the Prosecutor*, La Haye, 11 mars 2005 (www.icc-cpi.int), qui prône une "harmonisation indirecte" des systèmes pénaux nationaux autour des critères internationaux communs dégagés par la CPI. De même, l'ONG Amnesty International, *Liste des principes à respecter en vue d'une mise en œuvre efficace de la Cour pénale internationale*, Londres, juillet 2000, pp. 2 et s.

²² ROBINSON D., *op. cit.*, p. 1860 ; LEE R. S., « States' responses: issues and solutions », in LEE R. S. (dir.), *States' Responses to Issues arising from the ICC Statute: Constitutional, Sovereignty, Judicial Cooperation and Criminal Law*, p. 22. Dans le même sens mais de façon implicite, BENZING M., « The

identifient tout au plus en la matière une obligation d'ordre moral²³. De même, la garde des Sceaux lie l'adaptation du droit pénal français substantiel au seul motif que, dans ce domaine, « la France doit être exemplaire »²⁴. D'autres considèrent qu'une telle adaptation serait conforme à l'esprit du Statut de Rome, notamment aux engagements des Etats parties pris dans le Préambule²⁵. La position du rapporteur du Sénat est plus pragmatique. Pour lui, l'adaptation est commandée par la « nécessité » d'éviter la mise à l'écart des juridictions pénales françaises au profit de la CPI à cause justement de la mise en jeu de la complémentarité²⁶.

Le retour aux règles du droit des traités et, plus particulièrement, à la règle « *pacta sunt servanda* » permettra d'identifier les obligations qui découlent de l'article premier du Statut interprété à la lumière du Préambule. Conformément à l'article 26 du traité de Vienne sur le droit des traités, la règle « *pacta sunt servanda* » s'analyse en l'obligation d'exécuter les traités de bonne foi²⁷. A cette règle s'ajoute le principe de la bonne foi entendu comme un critère d'interprétation, que ce soit des textes ou des règles eux-mêmes²⁸. Ainsi, conformément à la règle « *pacta sunt servanda* » et au principe de la bonne foi, l'application de l'article premier, interprété à lumière des dispositions pertinentes du Préambule, implique l'adaptation du droit pénal substantiel des Etats parties au Statut de Rome²⁹. D'ailleurs, la règle « *pacta sunt servanda* » et la bonne foi étant des règles du droit international général, la France est tenue par celles-ci en vertu aussi bien du droit international que du quatorzième considérant, alinéa premier, du Préambule de la Constitution de 1946³⁰. Il en découle que la mise en œuvre de la

complementarity Regime of the International Criminal Court: International Criminal Justice between State Sovereignty and the Fight against Impunity », *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 7, 2003, p. 596 et RAZESBERGER F., *The International Criminal Court: the principle of complementarity*, 2006, Frankfurt am Main, Lang, 2006, p. 49.

²³ Sénat, *JORF*, session ordinaire de 2008-2009, comte rendu intégral, séance du mardi 10 juin 2008 (Sénat, compte rendu intégral du 10 juin 2008), p. 2743.

²⁴ Sénat, compte rendu intégral du 10 juin 2008, p. 2706.

²⁵ BARRAT O., « Ratification and Adaptation : the French Perspective », in LEE R. S. (dir.), *States' Responses to Issues arising from the ICC Statute: Constitutional, Sovereignty, Judicial Cooperation and Criminal Law*, pp. 62 et s. ; DUFFY H. et HUSTON J., « Implementation of the ICC Statute : International Obligation and Constitutional Considerations », in KRESS C. et BENVENUTI P., *The Rome Statute and Domestic Legal Orders*, Baden Baden, Nomos, 2000, p. 32 ; MANACORDA St. et WERLE G., *op. cit.*, p. 506. Pour une opinion dans le même sens mais plus nuancée, voir STAHN C., « Complementarity : a tale of two notions », *Criminal Law Forum*, vol. 19, n° 1, 2008, p. 92.

²⁶ N° 326, Sénat, session ordinaire 2007-2008, Rapport fait au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur le projet de loi portant adaptation du droit pénal à l'institution de la Cour pénale internationale, par P. Gélard, sénateur, 14 mai 2008 (*Rapport Gélard*), p. 9.

²⁷ Voir l'article 26 du traité de Vienne sur le droit des traités qui prévoit que « Tout traité en vigueur lie les parties et doit être exécuté par elles de bonne foi ».

²⁸ ZOLLER E., « Article 2, paragraphe 2 », in COT J.-P., PELLET A., FORTEAU M. (dir.), *op. cit.*, p. 419. Sur le rôle très limité que joue la bonne foi dans l'interprétation et les raisons de cela, voir SUR S., *L'interprétation en droit international public*, Paris, LGDJ, 1974, pp. 76-78.

²⁹ Dans ce sens SAAS C., *op. cit.* p. 267.

³⁰ Cette disposition prévoit que : « La République française, fidèle à ses traditions, se conforme aux règles du droit public international ». Sa valeur constitutionnelle est reconnue par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 98-408 du 22 janvier 1999 sur le Traité portant statut de la Cour pénale internationale, par. 10 et 12. *Contra* HAMON F et TROPER M., *Droit constitutionnel*, Paris, LGDJ, coll. « Manuels », 29^{ème} édition, 2005, p. 747, qui soutiennent que les normes du droit international général ne font pas partie du bloc de constitutionnalité malgré la référence du Préambule de 1946, alinéa 14, à celles-ci. Pour sa part, la CNCDH a invoqué l'article 53-2 de la Constitution pour demander la mise en cohérence du droit français avec les

complémentarité implique l'adoption des mesures au niveau de la législation nationale. Une interprétation contraire pourrait certes être compatible avec la lettre des dispositions pertinentes du Statut, notamment l'article premier qui ne prévoit pas *expressis verbis* une obligation d'adaptation, mais violerait *in fine* l'esprit de celui-ci, tel qu'il ressort de l'article 1^{er} et du Préambule. A cet égard, comme le notent A. Pellet et P. Daillier, la Cour permanente de justice internationale a, à deux reprises, repoussé « toute exécution strictement littérale d'un traité si elle devait avoir pour conséquence de violer son esprit »³¹. L'obligation d'adaptation du droit pénal substantiel découle alors de manière indirecte de l'article premier du Statut, tel qu'il est interprété conformément à l'esprit de celui-ci reflété dans le Préambule. Le fondement de l'obligation étant identifié, il convient à présent de se pencher sur le contenu de celle-ci.

B. – Le contenu de l'obligation

Conformément au Statut de Rome et aux règles du droit international général, il revient à chaque Etat partie de définir le contenu de l'obligation d'adaptation, telle que nous l'avons identifiée précédemment (1). La CPI participe à la définition du contenu de ladite obligation à travers une jurisprudence favorable à une complémentarité « positive » (2). Cette approche de la Cour semble « légitimer » de possibles « disharmonies » entre le Statut et le droit interne de chaque Etat partie.

1. - La définition du contenu par chaque Etat partie

Dans l'espace conventionnel du Statut de Rome, l'interprétation de ses dispositions relève de la compétence de la CPI elle-même – lorsqu'elle exerce ses fonctions judiciaires – et des Etats parties. Ainsi, dans la mesure où une obligation incombe à ces derniers d'adapter leur droit pénal substantiel au Statut, ils doivent interpréter les dispositions pertinentes de celui-ci afin de s'y conformer. Dès lors, de manière classique, l'interprétation des règles relatives à la complémentarité et, par là, la définition de leur portée et de leurs effets sur le droit pénal substantiel interne relèvent en premier lieu de chaque Etat partie au Statut³². Or, l'article 119 du Statut met en place un mécanisme de résolution des différends entre deux ou plusieurs Etats parties concernant son interprétation ou son application. Cette disposition opère une distinction entre les différends relatifs aux fonctions de la Cour et les autres. Pour les premiers la CPI est

engagements internationaux de la France en vertu du Statut de Rome. Elle laisse entendre par là que le respect du Statut implique l'adoption des mesures imposées non seulement par les règles internationales mais aussi par des règles internes de valeur constitutionnelle, *Avis sur le projet de loi adaptant la législation française au Statut de la Cour pénale internationale*, adopté par l'Assemblée plénière du 29 juin 2006, p. 1. Cette thèse ne nous trouve pas entièrement d'accord dans la mesure où l'article 53-2 de la Constitution se limite à lever les obstacles constitutionnels à la ratification du Statut de Rome et ne vise pas à résoudre les problèmes liés à son application en droit interne.

³¹ PELLET A. et DAILLIER P., *Droit international public*, Paris, LGDJ, 7^{ème} édition, 2002, p. 219 ; CPJI, *Traitement des nationaux polonais et des autres personnes d'origine ou de langue polonaise dans le territoire de Dantzig*, avis du 4 février 1932, série A/B, n° 44, p. 28, et CPJI, *Ecoles minoritaires en Albanie*, avis du 6 avril 1935, série A/B, n° 64, pp. 19 et 20.

³² COMBACAU J. et SUR S., *Droit international public*, Paris, Monchrestien, coll. « Domat droit public », 7^{ème} édition, 2006, pp. 173 et s.

seule compétente (article 119 § 1). En revanche, « tout autre différend entre deux ou plusieurs Etats parties concernant l'interprétation ou l'application du présent Statut qui n'est pas résolu par la voie de négociations dans les trois mois après le début de celles-ci est renvoyé à l'Assemblée des États Parties. L'Assemblée peut chercher à résoudre elle-même le différend ou faire des recommandations sur d'autres moyens de le régler, y compris le renvoi à la Cour internationale de Justice en conformité avec le Statut de celle-ci » (article 119 § 2)³³. Or, avant qu'un différend portant sur le régime de complémentarité et ses effets sur l'adaptation du droit interne au Statut surgisse et soit résolu conformément à cette disposition, l'interprétation des dispositions du Statut qui la prévoit et l'organise relève de la compétence de chaque Etat partie.

En outre, l'adaptation du droit pénal substantiel au Statut de Rome afin de donner effet au principe de complémentarité rappelle de manière évidente l'obligation incombant aux Etats parties aux Conventions de Genève de 1949 et à son Protocole additionnel I de 1977 de réprimer les violations graves du droit international humanitaire³⁴. Or, contrairement à ces instruments qui imposent aux Etats l'adoption de « toute mesure législative nécessaire », l'article premier du Statut de Rome, même interprété à la lumière du Préambule³⁵, ne définit pas dans leurs détails les modifications qui doivent être apportées au droit interne afin que les Etats parties au Statut remplissent leur obligation internationale en la matière³⁶. D'où, en ce qui concerne plus particulièrement le Statut de Rome, « la coexistence d'une *pluralité de formes de transposition pénale* »³⁷. En effet, étant donné que l'obligation de transposer le Statut en droit pénal interne ne découle du Statut que de manière implicite, elle ne pourrait pas être analysée en une obligation d'identité parfaite entre le texte du Statut et la loi nationale pertinente en la matière. Ainsi, S. Manacorda et G. Werel ont identifié deux modèles principaux d'adaptation³⁸. L'Etat partie au Statut de Rome soit privilégiera une identité parfaite entre le texte international et la loi nationale³⁹, soit optera pour une adaptation de la seconde au premier, tout en assumant la possibilité de certaines « disharmonies » entre eux⁴⁰.

Dans la mesure où le Statut de Rome ne fournit pas lui-même des indications claires quant au « degré » d'identité entre le texte international et la loi nationale, d'éventuelles disparités entre eux ne semblent donc pas contraires à l'obligation d'adapter la seconde

³³ Reste à savoir qui a compétence pour déterminer que le différend relève de la première ou de la seconde catégorie.

³⁴ Voir article 49 de la Convention (I) de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne du 12 août 1949, article 50 de la Convention (II) de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer, article 129 de la Convention (III) de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre, article 146 de la Convention (IV) de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, et article 85 § 1 du Protocole additionnel I relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux.

³⁵ Il importe de noter ici qu'il n'existe en droit international général aucune obligation de caractère général de réprimer les violations graves du droit international humanitaire ; ainsi, CASSESE A., *International Criminal Law*, Oxford University Press, 2003, pp. 300 et ss.

³⁶ MANACORDA St. et WERLE G., *op. cit.*, p. 507.

³⁷ *Ibid.* Italiques dans l'original.

³⁸ *Ibid.*, pp. 507-509.

³⁹ *Ibid.* Les auteurs identifient trois méthodes : l'application immédiate (Afrique du Sud), le renvoi intégral de la part d'une loi interne aux dispositions du Statut de Rome (Nouvelle Zélande et Canada) et une copie littérale du Statut en droit interne (Belgique).

⁴⁰ L'option de l'adaptation a été celle suivie par l'Allemagne à travers un code autonome, non intégré dans le code pénal, le *Völkerstrafgesetzbuch*.

au premier. D'autant plus que, comme on verra par la suite, les règles de recevabilité sont neutres et ne visent pas à sanctionner le non respect de l'obligation d'adaptation mais plutôt à pallier un état de fait dans lequel l'Etat compétent n'exerce pas sa compétence en la matière. Cette manière de voir trouve un appui solide dans la jurisprudence de la CPI qui opte pour une complémentarité favorable à sa propre compétence et au détriment de celle des juridictions nationales. Ainsi, à travers sa jurisprudence la Cour participe elle aussi à la définition du contenu de l'obligation d'adaptation.

2. – La définition juridictionnelle du contenu

Contrairement à une approche « négative » de la complémentarité qui semble avoir été privilégiée par le Conseil constitutionnel français (a), la CPI a adopté une position favorable à une complémentarité « positive » (b), position qui « légitime » les éventuelles « disharmonies » entre le Statut et les droits pénaux internes des Etats parties.

a. - La complémentarité « négative » : la position privilégiée par le Conseil constitutionnel

Selon l'approche « négative », la recevabilité est admise uniquement lorsque l'Etat compétent n'a pas la volonté ou est dans l'incapacité d'exercer sa compétence⁴¹. Ainsi, certains auteurs envisagent la complémentarité comme un mécanisme qui vise exclusivement à départager les compétences concurrentes de la Cour et des juridictions nationales⁴², ce qui exclut toute approche dite « positive » qui favorise la saisine de la CPI⁴³. Certains n'hésitent pas à considérer la complémentarité positive comme étant contraire au Statut⁴⁴. Telle semble aussi avoir été la position de certaines délégations lors de la négociation du statut dans le cadre du Comité ad hoc pour la création d'une cour criminelle internationale. Ce Comité fait état dans son rapport de 1995 d'une proposition d'inclure dans le statut de la future cour « la possibilité pour un Etat de renoncer volontairement à sa compétence en faveur de la cour criminelle internationale pour les crimes expressément visés par le statut de celle-ci »⁴⁵. Or, elle a été rejetée « au motif qu'elle allait à l'encontre du point de vue de certaines délégations concernant le principe de complémentarité. On a fait observer, à cet égard, que la cour criminelle internationale ne devait en aucun cas amoindrir l'efficacité des systèmes de justice pénale nationaux et qu'on ne devait y avoir recours que dans des cas exceptionnels »⁴⁶.

⁴¹ STAHN C, *op. cit.*, p. 88, pp. 95 et ss.

⁴² WILLIAMS Sh. A., « Issues of admissibility », in TRIFFTERER O. (dir.), *op. cit.*, p. 384 : « Article 17 provides for inbuilt safeguards that preserve national interests and judicial integrity on the domestic level. This pivotal article was essential for the Statute to be marketable in Rome ».

⁴³ Ainsi, on retrouve souvent l'argument selon lequel si les Etats remplissaient de façon satisfaisante leurs obligations en vertu du Statut, la CPI ne se saisirait jamais. Dans ce sens, voir HOLMES J. T., « Complementarity : National Courts versus the ICC », in CASSESE A., GAETA P. et JONES J. R. W. (dir.), *op. cit.*, vol. I, p. 667, et GIOIA F., « State Sovereignty, Jurisdiction, and Modern International Law : The Principle of Complementarity in the International Criminal Court », *Leiden JIL*, vol. 19, 2006, p. 1101.

⁴⁴ ARSANJANI M. H. et REISMAN W. M., « The law-in-action of the International Criminal Court », *American Journal of International Law (AJIL)*, vol. 99, n° 2, 2005, pp. 386 et ss. Enfin, pour d'autres la complémentarité se présente sous les deux facettes, négative et positive, sans qu'il y ait besoin de privilégier l'une ou l'autre, chacune ayant un rôle distinct à jouer, STAHN C., *op. cit.*, *passim*.

⁴⁵ Assemblée générale, Documents officiels, Cinquantième session, Supplément No 22 (A/50/22), Rapport du Comité ad hoc pour la création d'une cour criminelle internationale, p. 9, par. 47.

⁴⁶ *Ibid.*

Le Conseil constitutionnel français semble avoir opté pour cette conception restreinte du principe de complémentarité⁴⁷. Dans sa décision du 22 janvier 1999 le Conseil estime que « les stipulations du traité [Statut de Rome] apportent des restrictions au principe de complémentarité de la Cour par rapport aux juridictions criminelles nationales, dans les cas où l'Etat partie se soustrairait délibérément aux obligations nées de la convention, [...] fixent limitativement et objectivement les hypothèses dans lesquelles la Cour pénale internationale pourra se déclarer compétente »⁴⁸. Le Conseil constitutionnel estime également que l'article 17 § 3 ne méconnaît pas les conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale⁴⁹. Or, comme on le verra, selon l'interprétation de l'article 17 opérée par la CPI, en cas de simple « absence d'action » de la part de l'Etat compétent, la Cour n'a pas à examiner les conditions de recevabilité de l'article 17 et peut se déclarer compétente. Il est évident que cette conception large de la complémentarité va à l'encontre de la position du Conseil constitutionnel. Cela est d'autant plus vrai que le Conseil constitutionnel refuse implicitement d'assimiler les éventuels écarts entre les règles internes en matière de prescription des crimes de guerre d'une part et le Statut d'autre part, à un manque de volonté ou à une situation d'indisponibilité qui, conformément à l'article 17 du Statut, permettrait à la CPI de se saisir d'une affaire dont les juridictions françaises seraient compétentes pour connaître mais ne l'auraient pas fait⁵⁰. Or, l'interprétation de l'article 17 du Statut de Rome opérée par le Conseil constitutionnel - qui n'a du reste soulevé aucun motif d'inconstitutionnalité à son égard - fait partie des éléments que la France a pris en compte afin d'exprimer, par voie de ratification, son consentement à être liée par le traité en question. Toutefois, cette contradiction entre les deux interprétations, celle du Conseil constitutionnel et celle de la CPI, ne produit aucun effet sur le plan du droit des traités et de la validité du consentement de la France.

b. - La complémentarité « positive » : l'approche privilégiée par la CPI

Dans sa dimension procédurale, telle qu'elle ressort de l'article 17 du Statut, la complémentarité est liée aux conditions de recevabilité d'une situation ou d'une affaire portée devant la CPI⁵¹. Selon l'article 17, intitulé « questions relatives à la

⁴⁷ Cela est confirmé par R. Badinter : Sénat, Rapport n° 318 (1998-1999) de R. Badinter, fait au nom de la commission des lois, 28 avril 1999, *Loi constitutionnelle insérant au titre VI de la Constitution un article 53-2 et relative à la Cour pénale internationale*.

⁴⁸ CC, Décision n° 98-408, 22 janvier 1999, par. 32.

⁴⁹ *Ibid.*, par. 33. *Contra* le Conseil d'Etat qui dans son avis du 29 février 1996 estime que, dans la mesure où les dispositions de l'article 42-2 du statut de la Commission du droit international (équivalentes à l'article 17 du Statut de la CPI) ouvrent la possibilité que la Cour juge à nouveau une personne qui a déjà été jugée pour les mêmes faits par la juridiction nationale, « en dehors des cas où les décisions de la juridiction nationale sont entachées de fraude à la règle de droit international, elles méconnaissent la règle « non bis in idem » qui fait partie du principe à valeur constitutionnelle de la nécessité des peines » (Conseil d'Etat, Assemblée générale (Section de l'intérieur) N° 358 597 - 29 février 1996, n° 3). Sur la notion de « conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale », voir COMBACAU J., « La souveraineté internationale de l'Etat dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel français », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 9, 2000, pp. 113-118: *passim*.

⁵⁰ CC, Décision n° 98-408, 22 janvier 1999, par. 34. Voir sur ce point SANTULLI C., « Assemblée générale (section de l'intérieur), n° 358 597, 29 février 1996, *Cour pénale internationale* », in GAUDEMET Y., STIRN B., DAL FARRA T., ROLIN F. (dir.), *Les grands avis du Conseil d'Etat*, Dalloz, Collection « Grands avis », 2^{ème} édition, 2002, p. 391.

⁵¹ Pour la distinction entre situation et affaire, voir CPI, *Situation en République démocratique du Congo*,

recevabilité »⁵², paragraphe 1^{er}, « [e]u égard au dixième alinéa du préambule et à l'article premier, une affaire est jugée irrecevable par la Cour lorsque : a) L'affaire fait l'objet d'une enquête ou de poursuites de la part d'un État ayant compétence en l'espèce, à moins que cet État n'ait pas la volonté ou soit dans l'incapacité de mener véritablement à bien l'enquête ou les poursuites ; b) L'affaire a fait l'objet d'une enquête de la part d'un État ayant compétence en l'espèce et que cet État a décidé de ne pas poursuivre la personne concernée, à moins que cette décision ne soit l'effet du manque de volonté ou de l'incapacité de l'État de mener véritablement à bien des poursuites ; c) La personne concernée a déjà été jugée pour le comportement faisant l'objet de la plainte, et qu'elle ne peut être jugée par la Cour en vertu de l'article 20 § 3 ; d) L'affaire n'est pas suffisamment grave pour que la Cour y donne suite ». Les deuxième et troisième paragraphes de la même disposition définissent respectivement les termes « manque de volonté » et « incapacité ». Ainsi, « pour déterminer s'il y a un manque de volonté de l'État dans un cas d'espèce, la Cour considère l'existence, eu égard aux garanties d'un procès équitable reconnues par le droit international, de l'une ou de plusieurs des circonstances suivantes : a) La procédure a été ou est engagée ou la décision de l'État a été prise dans le dessein de soustraire la personne concernée à sa responsabilité pénale pour les crimes relevant de la compétence de la Cour visés à l'article 5 ; b) La procédure a subi un retard injustifié qui, dans les circonstances, est incompatible avec l'intention de traduire en justice la personne concernée ; c) La procédure n'a pas été ou n'est pas menée de manière indépendante ou impartiale mais d'une manière qui, dans les circonstances, est incompatible avec l'intention de traduire en justice la personne concernée » (article 17 § 2). Quant à l'incapacité, « pour déterminer s'il y a une incapacité de l'État dans un cas d'espèce, la Cour considère si l'État est incapable, en raison de l'effondrement de la totalité ou d'une partie substantielle de son propre appareil judiciaire ou de l'indisponibilité de celui-ci, de se saisir de l'accusé, de réunir les éléments de preuve et les témoignages nécessaires ou de mener autrement à bien la procédure » (article 17 § 3).

Lorsque les écarts entre le Statut et la législation nationale ont comme effet l'incompétence des juridictions pénales françaises ou l'irrecevabilité d'une affaire portée devant celles-ci, la CPI pourrait s'en saisir en s'appuyant sur l'article 17 du Statut. En effet, dans ces conditions, la Cour pourrait déclarer une affaire recevable alors que, conformément au principe de complémentarité, la France aurait la priorité en matière de compétence. La Cour pourrait ainsi considérer que la France était dans l'incapacité de juger l'affaire en raison d'une « disharmonie » entre le Statut et la législation française concernant la répression des crimes de l'article 5 du Statut. Il est vrai que les écarts entre les deux textes peuvent difficilement être assimilés aux cas prévus à l'article 17 § 3. En effet, leur assimilation à une « indisponibilité » de l'appareil judiciaire – qui l'empêcherait « de se saisir de l'accusé, de réunir les éléments de preuve et les témoignages nécessaires ou de mener autrement à bien la procédure » – nécessite une interprétation large des termes de cette disposition.

Or, cela n'est pas du tout à exclure d'autant plus que, comme il ressort de sa jurisprudence, la CPI ne se sent pas liée par la lettre de l'article 17 du Statut. En effet, la

Chambre préliminaire I, décision sur les demandes de participation à la procédure de VPRS 1, VPRS 2, VPRS 3, VPRS 4, VPRS 5 et VPRS 6, 17 janvier 2006, par. 65.

⁵² Alors que les conditions de recevabilité sont prévues à l'article 17, les questions relatives à la compétence de la CPI font l'objet des articles 12 et 13 du Statut.

Cour procède à une interprétation *a contrario* de l'article 17. Dans le cadre de l'affaire *Le Procureur c. Thomas Lubanga Diylo*, la CPI a estimé que l'affaire en question « ne serait recevable que si les Etats ayant compétence en l'espèce sont demeurés inactifs à son égard »⁵³. La Cour elle-même qualifie cette interprétation des alinéas a) à c) de l'article 17-1 d'« interprétation *a contrario* »⁵⁴. Cette interprétation lui permet de ne pas se pencher sur le manque de volonté ou sur l'incapacité de l'Etat compétent. Selon la Cour, « l'absence d'action » de la part de l'Etat compétent suffit pour déclarer l'affaire recevable : « en l'absence d'action de la part d'un Etat, la Chambre n'est pas tenue d'analyser le manque de volonté ou l'incapacité »⁵⁵. Il importe de constater que l'interprétation de l'article 17 pour laquelle la Cour a opté, a été celle préconisée par un groupe d'experts qui a rendu un rapport informel en 2003 sur le principe de complémentarité dans la pratique⁵⁶. Le scénario de l'« inaction » a aussi été envisagé par le Bureau du Procureur qui l'a qualifié de « mode d'action le plus approprié »⁵⁷.

La pratique subséquente de la Cour et du Bureau du Procureur avalise cette ligne de conduite. Ainsi, le renvoi d'une situation par un Etat partie au Statut sur le territoire duquel les crimes présumés avaient été commis – renvoi qualifié par la doctrine d'« auto-saisine » – a été considéré comme compatible avec le Statut par le Procureur et la Cour elle-même. Cela surprend d'autant plus que les rédacteurs du Statut n'avaient pas envisagé la possibilité d'une saisine volontaire de la Cour par des Etats territorialement

⁵³ CPI, *Situation en RDC, Affaire Le Procureur c. Thomas Lubanga Diylo*, Chambre préliminaire I, décision relative à la Requête du Procureur aux fins de délivrance d'un mandat d'arrêt en vertu de l'article 58, 20 février 2006, par. 29.

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ *Ibid.*, par. 40. De même, la Cour a déclaré recevable l'affaire *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo* dans la mesure où « rien n'indique que celui-ci serait déjà poursuivi à l'échelon national pour les crimes visés dans la Requête du Procureur » : CPI, *Situation en République centrafricaine, Affaire Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Chambre préliminaire II, décision relative à la Requête du Procureur aux fins de délivrance d'un mandat d'arrêt à l'encontre de Jean-Pierre Bemba Gombo, 10 juin 2008, par. 21. Sur la base de l'inaction de la République centrafricaine la CPI s'est alors prononcée en faveur de la recevabilité de l'affaire *Jean-Pierre Bemba*.

⁵⁶ CPI, Bureau du Procureur, Informal Expert Paper, *The principle of complementarity in practice* (www.icc-cpi.int). Le groupe considère que, même s'il est courant de mettre l'accent sur le manque de volonté ou sur l'incapacité de l'article 17, en réalité cette disposition envisage trois scénarios distincts (*ibid.*, par. 17). Le premier est celui de l'inaction de la part d'un Etat compétent pour connaître d'une situation ou d'une affaire : « *In such a scenario, none of the alternatives of Arts. 17(1)(a)-(c) are satisfied and there is no impediment to admissibility. Thus, there is no need to examine the factors of unwillingness or inability; the case is simply admissible under the clear terms of Article 17* » (*ibid.*, par. 18). En deuxième lieu, l'article 17 § 1 de a) à c), s'applique lorsque l'affaire fait ou a fait l'objet d'une enquête ou de poursuites de la part d'un Etat ayant compétence. Dans ces conditions, l'affaire sera déclarée irrecevable, à moins que le manque de volonté ou l'incapacité de l'Etat ne soit établi (*ibid.*, par. 19). En troisième lieu, l'irrecevabilité est écartée lorsqu'il est établi que la procédure n'est pas ou ne sera pas impartiale (*ibid.*, par. 20). Le groupe va encore plus loin et propose une « institutionnalisation » en quelque sorte de l'inaction dans des situations où « *the appropriate course of action is for a State concerned not to exercise jurisdiction, in order to facilitate admissibility before the ICC* » (*ibid.*, par. 61). Cette institutionnalisation passerait par une déclaration de l'Etat compétent à propos d'une affaire le concernant, selon laquelle il ne compte pas exercer sa compétence (*ibid.*, par. 62).

⁵⁷ CPI, Bureau du Procureur, *Communication relative à certaines questions de politique générale*, 2003, p. 5 (www.icc-cpi.int). Nulle part dans ce document le Bureau du Procureur n'explique les notions-clefs relatives à la recevabilité d'une affaire, à savoir le manque de volonté ou l'incapacité d'un Etat. Voir aussi CPI, Bureau du Procureur, *Rapport sur les activités mises en oeuvre au cours des trois premières années (juin 2003-juin 2006)*, 12 septembre 2006 (www.icc-cpi.int).

compétents de connaître des affaires en cause⁵⁸. Le mécanisme de l'auto-saisine a donc soulevé de nombreuses questions en ce qui concerne, d'une part, le risque d'instrumentalisation de la Cour par certains Etats qui se déclaraient eux-mêmes dans l'incapacité d'exercer leur compétence à l'égard des crimes de l'article 5 du Statut, et d'autre part, sa compatibilité avec le Statut et, plus particulièrement, la complémentarité sous sa facette procédurale⁵⁹. Dans une décision du 20 février 2006 la CPI a estimé que l'auto-saisine – en l'espèce le renvoi effectué par la RDC – « semble compatible avec la finalité du régime de complémentarité [dans la version anglaise : "complementarity regime"], selon lequel la Cour ne se substitue aucunement aux juridictions pénales nationales, mais leur est complémentaire »⁶⁰.

L'auto-saisine de la CPI conduit donc à une situation dans laquelle la Cour est utilisée comme un appareil judiciaire complémentaire des juridictions nationales auquel sont renvoyées par l'Etat territorialement compétent des affaires éventuellement complexes ou politiquement sensibles. Certains auteurs considèrent qu'une telle démarche n'est pas conforme à l'article 17 du Statut⁶¹. D'ailleurs, conformément à l'article 19 le renvoi par un Etat peut être contesté ou peut aussi être examiné d'office par la Cour à la lumière des motifs indiqués à l'article 17. Dans le cadre d'une « auto-saisine » le paradoxe réside dans le fait que, conformément à l'article 19 § 2 b), l'Etat qui lui-même est à l'origine de la saisine de la Cour, peut aussi contester la recevabilité de l'affaire. En plus, l'auto-saisine implique une « neutralisation » du droit de l'accusé de contester la recevabilité conformément à l'article 19 § 2 a). En effet, dans la mesure où d'une part cette contestation doit se faire à la lumière des conditions de recevabilité de l'article 17, et d'autre part l'interprétation *a contrario* de cette disposition - privilégiée par la CPI dans sa jurisprudence - écarte tout examen des conditions en question, le droit de l'accusé de contester la recevabilité – notamment sur la base du paragraphe 3 qui prévoit des critères objectifs permettant de déterminer l'incapacité de l'Etat compétent – se trouve pratiquement « annihilé »⁶². En effet, si l'inaction seule suffit pour déclarer recevable une affaire, il convient de s'interroger sur ce qui reste des droits de l'accusé conférés par l'article 19 combiné avec l'article 17⁶³.

⁵⁸ ARSANJANI M. H. et REISMAN W. M., *op. cit.*, pp. 386 et s.

⁵⁹ A cet égard voir BAKKER Ch. A. E., « Le principe de complémentarité et les "auto-saisines" : un regard critique sur la pratique de la Cour pénale internationale », *RGDIP*, vol. 112, n° 2, 2008, *passim*.

⁶⁰ CPI, *Situation en RDC, Affaire Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, Chambre préliminaire I, décision relative à la requête du Procureur aux de délivrance d'un mandat d'arrêt en vertu de l'article 58, 20 février 2006, par. 35.

⁶¹ ARSANJANI M. H. et REISMAN W. M., *op. cit.*, p. 395 : « In strict legal terms, a voluntary referral such as the one by Uganda appears to fail to satisfy the threshold for admissibility set out in Article 17 of the Statute ».

⁶² *Ibid.* pp. 396 et s.

⁶³ *Ibid.*, p. 397. Cf. CPI, Bureau du Procureur, Informal Expert Paper, *op. cit.*, par. 64. En revanche, la CPI s'est montrée plus stricte lorsqu'il s'agissait de déterminer la recevabilité d'une affaire dont étaient en même temps saisies des juridictions internes. Dans une série d'affaires elle a ainsi estimé « qu'il est une condition *sine qua non*, pour qu'une affaire soit recevable, que les procédures nationales n'englobent pas à la fois la personne et le comportement qui font l'objet de l'affaire portée devant la Cour » : CPI, *Situation au Darfour (Soudan), Affaire le Procureur c. Ahmad Muhammad Harun (« Ahmad Harun ») et Ali Muhammad Ali Abd-Al-Rahman (« Ali Kushayb »)*, décision relative à la requête déposée par l'Accusation en vertu de l'article 58-7 du Statut, 27 avril 2007, par. 24. De même, CPI, *Situation en RDC, Affaire Le Procureur c. Mathieu Ngudjolo Chui*, décision concernant les éléments de preuve et les renseignements fournis par l'Accusation aux fins de la délivrance d'un mandat d'arrêt à l'encontre de Mathieu Ngudjolo Chui, 6 juillet 2007, par. 21, et CPI, *Situation en RDC, Affaire Le Procureur c. Germain Katanga*, Chambre préliminaire I,

En optant pour la recevabilité d'une situation ou d'une affaire en cas d'inaction de l'Etat compétent, sans aucune autre considération au regard de l'article 17, la CPI prend une position claire en faveur d'une approche positive de la complémentarité⁶⁴. La « complémentarité positive » ne conditionne pas la recevabilité d'une situation ou d'une affaire aux critères relativement objectivés du manque de volonté ou de l'incapacité. Cette complémentarité est plutôt déterminée en fonction des avantages comparatifs entre la juridiction de la Cour et celle de l'Etat compétent dans un cas d'espèce⁶⁵. Cette approche « positive » de la complémentarité s'éloigne de la lettre de l'article 17 du Statut, ce qui pose la question de sa compatibilité avec celui-ci. Il reste que la conception « positive » de la complémentarité adoptée par la Cour permet à la France de disposer d'un droit pénal interne qui s'éloigne du Statut de la Cour. En effet, conformément à cette approche « positive », en cas d'« inaction » de la France la Cour pourrait connaître des affaires qui relèveraient de manière prioritaire de la compétence de la France, ce qu'une application stricte de l'article 17 l'empêcherait de faire.

II. - LA MISE EN APPLICATION DE L'OBLIGATION D'ADAPTATION EN DROIT INTERNE

Le projet de loi tel que déposé au Sénat le 15 mai 2007 portait sur les règles uniquement substantielles du droit pénal (A). Par voie d'amendement, des règles relatives à la procédure pénale ont aussi été intégrées au projet (B). Si plusieurs dispositions du projet de loi contribuent de façon déterminante à ce que les juridictions françaises puissent se déclarer compétentes pour connaître des crimes de l'article 5 du Statut, dans certains domaines la priorité est accordée à la compétence de la CPI – au détriment de celle des juridictions françaises – à travers des « disharmonies » délibérées entre le projet de loi et le Statut de la Cour.

Decision on the evidence and information provided by the Prosecution for the issuance of a warrant of arrest for Germain Katanga, 5 novembre 2007, par. 20.

⁶⁴ Sur les deux conceptions opposées de la complémentarité, voir AKHAVAN P., « The Lord's Resistance Army Case : Uganda's submission of the first State referral to the International Criminal Court », *AJIL*, vol. 99, n° 2, 2005, p. 413.

⁶⁵ STAHN C, *op. cit.*, pp. 100 et s. Il convient aussi d'établir une distinction entre l'approche « positive » et l'approche « proactive » de la complémentarité. Or, malgré leurs différences, les deux approches sont favorables à une interprétation moins stricte de l'article 17 du Statut : BURKE-WHITE W.W., « Implementing a Policy of Positive Complementarity in the Rome System of Justice », *Criminal Law Forum*, vol. 19, n° 1, 2008, *passim*, notamment pp. 63-70, et du même auteur « Proactive complementarity: The International Criminal Court and Nations Courts in the Rome System of International Justice », *Harvard International Law Journal*, vol. 49, n° 1, 2008, pp. 53-108 : *passim*.

A. – Le droit pénal substantiel

Il convient de rappeler tout d'abord que, à l'exception du génocide et des crimes contre l'humanité, aucune définition des crimes de guerre n'existe en droit interne⁶⁶. Le projet de loi portant adaptation du droit pénal à l'institution de la CPI vise à combler cette lacune (2). Il apporte aussi des modifications significatives – dont certaines très controversées – aux dispositions déjà existantes en matière de crime de génocide et de crimes contre l'humanité (1).

1. - Les modifications du droit existant

a. - Le crime de génocide

L'article 6 du Statut de la CPI relatif au crime de génocide reprend *expressis verbis* la définition de ce crime fournie par l'article II de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (New York, le 9 décembre 1948). L'article 211-1 du code pénal relatif au crime de génocide s'inspire largement de cette définition sans toutefois la reprendre mot pour mot à son compte⁶⁷. Ainsi, l'article 211-1 du code pénal élargit la définition du crime de génocide. Au « groupe national, ethnique, racial ou religieux » qui peut être visé par l'acte de génocide – termes que l'on retrouve dans la Convention contre le génocide –, l'article 211-1 ajoute « un groupe déterminé à partir de tout autre critère arbitraire ». Il s'agit là effectivement d'une différence majeure entre la Convention de 1948 et le code pénal français. Par contre, sur un autre point la définition du génocide de l'article 211-1 est plus restrictive par rapport à celle de la Convention de 1948. La restriction est apportée par les termes « en exécution d'un plan concerté tendant à la destruction totale ou partielle d'un groupe », qui ne figurent ni dans la Convention contre le génocide ni dans le Statut de Rome. En effet, l'élément subjectif de la définition de la Convention – « dans l'intention de détruire » – est remplacé dans le code pénal par un élément objectif – « en exécution d'un plan concerté tendant à la destruction totale ou partielle d'un groupe »⁶⁸.

Le projet de loi d'adaptation vise à insérer un nouvel article 211-2 qui punit la provocation publique et directe à commettre un génocide conformément au Statut de Rome. Selon l'article 25 § 3 e) du Statut, la responsabilité pénale individuelle est en effet engagée lorsqu'une personne incite directement et publiquement autrui à commettre le crime de génocide. Ce projet de nouvelle disposition du code pénal rapproche ainsi

⁶⁶ D'ailleurs, la France est tenue par l'obligation de poursuivre et punir les crimes de guerre en vertu des Conventions de Genève de 1949 et des deux Protocoles additionnels de 1977 : voir *supra*. Sur un revirement de la jurisprudence de la Cour de cassation favorable à l'invocabilité des Conventions de Genève devant les tribunaux internes, voir Cour de cassation, chambre criminelle, arrêt du 4 janvier 2005, *Affaire X... Nizar et autres*, 4^{ème} Attendu.

⁶⁷ Il est notable que le crime de génocide ainsi que les crimes contre l'humanité figurent dans le même sous-titre premier du titre premier (« Des crimes contre l'humanité et contre l'espèce humaine ») du deuxième livre du code pénal (« Des crimes et délits contre les personnes ») qui est intitulé « Des crimes contre l'humanité ». Il en ressort que, aux yeux du législateur français, le génocide fait partie de la catégorie juridique des crimes contre l'humanité.

⁶⁸ Malgré un débat très vif au Sénat sur cette question, le projet de loi d'adaptation n'y a apporté aucune modification : Sénat, compte rendu intégral du 10 juin 2008, pp. 2706 et ss.

davantage la législation française de la Convention de 1948 qui elle incrimine à son article III la provocation publique et directe à commettre un génocide⁶⁹. Le projet de loi apporte aussi des modifications importantes aux dispositions du code pénal relatives aux crimes contre l'humanité.

b. - Crimes contre l'humanité

Le premier alinéa de l'article 212-1⁷⁰ ne correspond que partiellement aux dispositions du Statut de Rome relatives aux crimes contre l'humanité. Le projet de loi d'adaptation vise à le remplacer par douze alinéas dont le premier dispose que : « Constitue également un crime contre l'humanité et est puni de la réclusion criminelle à perpétuité l'un des actes ci-après commis en exécution d'un plan concerté à l'encontre d'un groupe de population civile dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique »⁷¹. Tout comme le projet de nouvelle disposition relative au crime de génocide, la définition des crimes contre l'humanité inclut l'élément matériel de « plan concerté », élément qui ne figure pas à l'article 7 du Statut de Rome⁷². En effet, contrairement au Statut, les actes énumérés dans le projet de nouvel article 212-1 doivent être commis en exécution d'un « plan concerté ». Aussi bien pour le crime de génocide que pour les crimes contre l'humanité, le terme « plan concerté » figure dans le Statut du Tribunal international militaire de Nuremberg du 8 août 1945⁷³. Toutefois, la Commission du droit international ne l'a pas retenu dans son texte qui a codifié les « principes de Nuremberg »⁷⁴. Cet élément est également absent dans les statuts des deux tribunaux internationaux pénaux *ad hoc*, ainsi que dans ceux des tribunaux internationaux spéciaux⁷⁵.

L'argument principal invoqué pour justifier la condition « en exécution d'un plan concerté » consiste à la présenter comme « le signe distinctif des crimes contre

⁶⁹ Le nouvel article 211-2 s'inscrit aussi dans la jurisprudence du TPIR en la matière : TPIR, *Le Procureur c. Jean-Paul Akayesu*, Chambre de première instance I, jugement du 2 septembre 1998, voir par. 549-562 et 672-675 ; TPIR, *Le Procureur c. Ferdinand Nahimana, Jean-Bosco Barayagwiza, Hassan Ngeze*, Chambre de première instance I, jugement du 3 décembre 2003, par. 978-1039.

⁷⁰ Cette disposition est libellée ainsi : « La déportation, la réduction en esclavage ou la pratique massive et systématique d'exécutions sommaires, d'enlèvements de personnes suivis de leur disparition, de la torture ou d'actes inhumains, inspirées par des motifs politiques, philosophiques, raciaux ou religieux et organisées en exécution d'un plan concerté à l'encontre d'un groupe de population civile sont punies de la réclusion criminelle à perpétuité. »

⁷¹ Pour les actes constitutifs du crime contre l'humanité *cf.* article 212-1 du code pénal. Toutefois, l'« esclavage sexuel » n'est pas puni en tant que tel dans le projet de loi, contrairement à l'article 7, § 1 *g*) du Statut de Rome. Le rapporteur P. Gélard considère que l'« esclavage sexuel » du Statut est couvert par l'incrimination plus générale de la « réduction en esclavage » (article 212-1 3° du projet de loi qui correspond à l'article 7, § 1 *c*) du Statut de Rome) ou par celle visant toute forme de violence sexuelle d'une particulière gravité (article 212-1 7° du projet de loi qui correspond à l'article 7, § 1 *g*) du Statut).

⁷² Son premier alinéa se lit comme suit : « 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 ».

⁷³ Article 6, dernier alinéa, du Statut du Tribunal international militaire de Nuremberg du 8 août 1945.

⁷⁴ Rapport de la CDI sur les travaux de sa deuxième session, *Annuaire de la CDI*, vol. II, 1950, pp. 374-378, par. 95-127. En outre, selon certains, l'élément en question ne saurait être admis comme élément constitutif du crime contre l'humanité en droit international coutumier : voir en ce sens CASSESE A., *op. cit.*, pp. 91 et s.

⁷⁵ Le terme « plan concerté » ne figure pas dans les statuts des TPIY, TPIR, Tribunal spécial pour la Sierra Leone, Chambres extraordinaires au sein des Tribunaux Cambodgiens.

l'humanité»⁷⁶. De plus, selon la garde des Sceaux, le « plan concerté » trouve son équivalent dans l'article 7 § 2 a) du Statut de Rome, qui précise que l'« attaque généralisée ou systématique » contre toute population civile doit être réalisée « en application ou dans la poursuite de la politique d'un État ou d'une organisation ayant pour but une telle attaque »⁷⁷. Or, le terme « plan concerté » semble être plus restrictif que les termes employés dans l'article 7 § 2 a) du Statut, à savoir « politique d'un Etat ou d'une organisation ayant pour but une telle attaque ». Par ailleurs, il suscite quelques inquiétudes sur le plan de la preuve. Or, à l'argument selon lequel l'obtention des preuves matérielles est une question délicate en la matière, le rapporteur et la garde des Sceaux répondent que le plan concerté peut se déduire de l'ampleur du crime lui-même⁷⁸ ou des faits⁷⁹.

Une autre différence entre la définition des crimes contre l'humanité fournie par le Statut et celle fournie par le projet de loi d'adaptation concerne le terme « actes de ségrégation » employé par la seconde au lieu de celui d'« apartheid » qui figure à l'article 7, § 1 j) du premier⁸⁰. Le projet de nouvel article 212-1 10° du code pénal inclut dans la catégorie des crimes contre l'humanité « 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 ». En revanche, l'article 7, § 2 h) du Statut prévoit que tout acte constitutif d'un crime contre l'humanité, c'est-à-dire tout acte énuméré au paragraphe 1 du même article⁸¹, peut être qualifié de « crime d'apartheid » – qui est considéré lui aussi comme un crime contre l'humanité – dans la mesure où il est 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 »⁸². Il en ressort que les « actes de ségrégation » sont englobés dans la définition, plus étendue, du crime d'apartheid telle qu'elle est fournie par le Statut de Rome⁸³.

⁷⁶ Garde des Sceaux : Sénat, compte rendu intégral du 10 juin 2008, p. 2706. Dans le même sens P. Gélard : *Rapport Gélard*, p. 30.

⁷⁷ Garde des Sceaux : Sénat, compte rendu intégral du 10 juin 2008, p. 2706.

⁷⁸ *Rapport Gélard*, p. 30.

⁷⁹ Garde des Sceaux : Sénat, compte rendu intégral du 10 juin 2008, p. 2717. Pour la garde des Sceaux, « [i]l n'est pas nécessaire que l'idéologie ou sa mise en œuvre soit formalisée dans des lois, des décrets ou toute autre forme de moyens juridiques. Les moyens de preuve d'un crime contre l'humanité ne sont donc pas restrictifs : la façon dont le crime a été commis suffit à établir l'existence d'un plan concerté », *ibid.*

⁸⁰ Aux termes de l'article 7, § 1 j) du Statut « le crime d'apartheid » est considéré comme un crime contre l'humanité « lorsqu'il est commis dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique lancée contre la population civile et en connaissance de cette attaque ». L'apartheid ou la ségrégation raciale sont absents comme actes constitutifs *per se* d'un crime contre l'humanité dans les statuts aussi bien du TPIY et du TPIR que du Tribunal spécial pour la Sierra Leone et des Chambres extraordinaires au sein des Tribunaux Cambodgiens.

⁸¹ Tel que le meurtre, l'extermination, la réduction en esclavage, la déportation ou le transfert forcé de population, la torture.

⁸² La définition du crime d'apartheid, telle qu'elle figure dans l'article II de la Convention internationale sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid du 30 novembre 1973 – à laquelle la France n'est pas partie –, est tout aussi étendue. Or, aucun Etat du groupe occidental ne figure parmi les 107 Etats parties à la Convention en question. Cette division entre les Etats occidentaux et les autres sur cette question permet à A. Cassese de conclure qu'en droit international coutumier l'apartheid n'est pas considéré comme un crime qui entraînerait la responsabilité pénale internationale des individus impliqués. C'est en ce sens qu'il estime que l'incrimination de l'apartheid à l'article 7 du Statut de la CPI pourra participer de la formation d'une règle coutumière : CASSESE A., *International Criminal Law*, *op. cit.*, p. 25.

⁸³ Dans ce sens R. Badinter : Sénat, compte rendu intégral du 10 juin 2008, p. 2720. *Contra* P. Gélard pour

D'ailleurs, la distinction entre l'apartheid et la ségrégation est aussi maintenue dans la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale du 21 décembre 1965 que la France a ratifiée. Aussi bien dans le Préambule qu'à l'article 3, dans les deux versions du texte, française et anglaise, les deux termes sont clairement distingués l'un de l'autre, même si la Convention n'en fournit pas une définition. Il en va de même pour le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale qui refuse de considérer le terme « apartheid » comme renvoyant exclusivement à la situation qui avait prévalu en Afrique du Sud⁸⁴.

Deux autres dispositions du projet de nouvel article 212-1 soulèvent de sérieuses interrogations au regard des principes généraux du droit pénal et, plus particulièrement, du principe de légalité ou principe *nullum crimen sine lege*⁸⁵. Il s'agit des points *h*) et *k*) qui énumèrent des actes constitutifs de crime contre l'humanité et qui se lisent comme suit : « *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 ; *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 ». Ces deux dispositions reprennent de façon quasi identique les points 8° et 11 ° du paragraphe 1^{er} de l'article 7 du Statut de Rome.

Les quatre dispositions en question prévoient la punition d'un crime dont elles ne définissent pas tous les éléments. Les termes « en fonction d'autres critères universellement reconnus inadmissibles en droit international » que l'on trouve dans le projet de nouvel article 212-1 *h*), comme dans l'article 7, § 1 8°, du Statut, ne fournissent pas de définition adéquate des éléments constitutifs de l'un des crimes contre l'humanité et, par conséquent, sont contraires au principe général du droit international pénal *nullum crimen sine lege*. Il en va de même pour le projet de nouvel article 212-1 *k*) du code pénal et l'article 7, § 1 11° du Statut de Rome en raison de l'emploi de l'expression « autres actes inhumains de caractère analogue ». Il s'agit là effectivement de termes vagues qui enfreignent de manière manifeste ledit principe. D'ailleurs, l'article 22 § 2 alinéa premier du Statut portant sur le principe *nullum crimen sine lege* interdit toute extension par analogie de la définition d'un crime. Dès lors, les quatre dispositions en cause ne devraient être appliquées ni par les juridictions nationales ni par la CPI⁸⁶. Quant

qui les caractéristiques du « crime d'apartheid » « paraissent se confondre avec "les actes de ségrégation" » : *Rapport Gélard*, p. 29. P. Gélard et la garde des Sceaux soutiennent également qu'il s'agit d'une notion juridique anglo-saxonne dont la traduction française serait le terme de « ségrégation » : Sénat, compte rendu intégral du 10 juin 2008, p. 2721.

⁸⁴ Recommandation générale XIX concernant l'article 3 de la Convention, Ségrégation raciale et apartheid (art. 3), (Quarante-septième session, 1995), par. 1.

⁸⁵ Sur le principe *nullum crimen sine lege* comme principe général du droit international pénal, voir BASSIOUNI M. Ch., *Introduction au droit pénal international*, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 28 et s., JESCHECK H.-H., « The general principles of international criminal law set out in Nuremberg, as mirrored in the ICC Statute », *JICJ*, vol. 2, n° 1, 2004, pp. 40-42, MANTOVANI F., « The general principles of international criminal law: the viewpoint of a national criminal lawyer », *JICJ*, 2003, vol. 1, n° 1, pp. 29-31.

⁸⁶ C. Santulli considère également comme contraire au principe de légalité la définition de l'« extermination »

à l'incorporation des crimes de guerre dans le code pénal, elle ne va pas non plus sans soulever de sérieuses interrogations, voire des critiques.

2. - Les nouvelles incriminations en projet

L'incrimination des crimes de guerre n'est pas prévue dans le droit interne français. Le projet de loi d'adaptation insère dans le code pénal un nouveau livre IV *bis* comportant 42 articles, qui vise à y intégrer les dispositions de l'article 8 du Statut de Rome. Certaines dispositions soulèvent des questions délicates, voire des réactions vives⁸⁷, notamment celles relatives aux « délits de guerre », à l'imprescriptibilité et aux motifs d'exonération de la responsabilité.

a. - La question de la « scission » en délits et crimes de guerre

L'incrimination en droit interne des crimes de guerre est accompagnée de leur scission en délits et crimes. Le droit international pénal ne connaît que la catégorie juridique de crimes, par opposition au droit interne pénal qui, depuis Cesare Beccaria, consacre la classification des infractions en fonction de leur gravité⁸⁸. Etant donné que l'obligation d'adaptation - telle que nous l'avons identifiée plus haut - laisse aux Etats parties au Statut une large marge de manœuvre lors de sa mise en œuvre en droit interne, une scission en crimes et délits, limitée aux « crimes de guerre », est conforme aux obligations internationales de la France. Dans le cadre toujours de l'incrimination des crimes de guerre en droit pénal français, une seconde « disharmonie » entre le projet de loi d'adaptation et le Statut touche à la question de l'imprescriptibilité desdits crimes.

b. - La question de l'imprescriptibilité des crimes de guerre

Le projet de nouvel article 462-10 du code pénal prévoit un délai de prescription de l'action publique et de la peine pour les crimes et délits de guerre. Ainsi, le délai de prescription de l'action publique est porté à trente ans pour les crimes – contre dix ans en droit commun – et à vingt ans pour les délits – contre trois ans en droit commun. Quant au délai de prescription de la peine, il est également porté à trente ans pour les crimes - contre vingt ans en droit commun - et à vingt ans pour les délits – contre cinq ans en droit commun. Pour sa part, l'article 29 du Statut de Rome consacre l'imprescriptibilité de tous les crimes relevant de la compétence de la Cour⁸⁹.

fournie à l'article 7, § 2 b) qui prévoit que : « 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 ». Pour lui, « l'adverbe "notamment" transforme la définition en exemple », SANTULLI C., « La Cour pénale internationale : de l'impunité à la répression ? », in GABORIAU S. et PAULIAT H. (dir.), *La justice pénale internationale : actes du colloque organisé à Limoges les 22-23 novembre 2001*, Limoges, Presses Universitaires de Limoges (PULIM), coll. « Entretiens d'Aguesseau », 2002, p. 182.

⁸⁷ CNCDH, avis sur la loi portant adaptation du droit pénal à l'institution de la CPI, adopté par l'Assemblée plénière du 6 novembre 2008, pp. 1 et 2.

⁸⁸ BECCARIA C., *Des délits et des peines*, Paris, Editions du Boucher, 2002, p. 45. C. Santulli fustige le fait que sous le vocable « crimes de guerre » figurent des infractions de gravité manifestement inégale, voir SANTULLI C., *op. cit.*, p. 183. De même, P. Gélard : *Rapport Gélard*, p. 34. En outre, P. Gélard tente aussi d'expliquer l'emploi du terme « crimes » en droit international par le fait que « le vocabulaire anglophone ne fait pas la distinction entre crimes et délits » : *ibid.*

⁸⁹ Deux instruments internationaux ont comme objet l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes

Il convient de rappeler ici que le Conseil d'Etat, dans son avis du 29 février 1996 à propos du projet de Statut d'une cour criminelle internationale, considère la règle de l'imprescriptibilité comme contraire à la Constitution. Selon lui, « *l'existence d'une règle de prescription qui est un principe fondamental reconnu par les lois de la République exige que, pour les crimes dont la nature n'est pas d'être imprescriptibles, un délai de prescription soit fixé dans le statut, en fonction de la gravité des crimes commis* »⁹⁰. En revanche, dans sa décision du 22 janvier 1999 le Conseil constitutionnel contredit le Conseil d'Etat et lève tout obstacle d'ordre constitutionnel à la consécration en droit interne de l'imprescriptibilité de tous les crimes relevant de la compétence de la CPI, y compris donc des crimes de guerre⁹¹. Le Conseil n'établit aucune distinction entre le génocide et les crimes contre l'humanité d'une part, et les crimes de guerre d'autre part, en ce qui concerne leur imprescriptibilité en vertu de l'article 29 du Statut, alors que le droit français prévoyait à la date de la décision du Conseil l'imprescriptibilité du génocide et des crimes contre l'humanité (article 213-5 du code pénal). Or, au même moment où le Conseil constitutionnel désavoue le Conseil d'Etat sur ce point, il déclare que la saisine de la CPI d'une affaire relative à des faits couverts, selon la loi française, par la prescription, constituerait une « atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale »⁹². Pour sa part la garde des Sceaux justifie la prescriptibilité des crimes de guerre en se plaçant sur un autre terrain : réserver l'imprescriptibilité aux seuls crimes de génocide et crimes contre l'humanité permet de préserver leur spécificité⁹³.

Or, aussi bien l'exécutif que le Sénat ont conscience des effets d'une telle disparité en matière de prescription des crimes de guerre entre le Statut et le projet de loi d'adaptation. Ainsi, ils assument pleinement le risque que cela comporte qui est celui de voir la CPI se saisir d'une affaire dont les juridictions françaises ne sauraient connaître en raison de la prescription⁹⁴. Il en va de même des motifs d'exonération de la responsabilité tels qu'ils figurent dans l'un et l'autre texte.

c. - Les motifs d'exonération de la responsabilité

L'article 31 § 1 *c*) du Statut de Rome consacre la légitime défense, entendue de manière très large⁹⁵. Ainsi, elle peut être invoquée par l'accusé afin de s'exonérer de sa

contre l'humanité : la Convention des Nations Unies sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité du 28 novembre 1968 (entrée en vigueur le 11 novembre 1970, 44 Etats parties) – à laquelle la France n'est pas partie – et la Convention européenne sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité, adoptée le 25 janvier 1974 dans le cadre du Conseil de l'Europe (entrée en vigueur le 24 juin 2003, avec seulement quatre Etats parties : Belgique, Pays-Bas, Roumanie et Ukraine).

⁹⁰ Conseil d'Etat, Assemblée générale (Section de l'intérieur) N° 358 597 - 29 février 1996, 5°.

⁹¹ CC, Décision n° 98-408, 22 janvier 1999, par. 20.

⁹² *Ibid.*, par. 34. Voir sur ce point SANTULLI C., « Assemblée générale (section de l'intérieur), n° 358 597, 29 février 1996, *Cour pénale internationale* », in GAUDEMET Y., STIRN B., DAL FARRA T., ROLIN F. (dir.), *op. cit.*, p. 391.

⁹³ Sénat, compte rendu intégral du 10 juin 2008, p. 2707 et p. 2715. De même, P. Gélard, *Rapport Gélard*, p. 47, et R. Badinter, Sénat, compte rendu intégral du 10 juin 2008, p. 2710. En revanche, certains auteurs considèrent que les guerres de décolonisation sont les principales raisons pour lesquelles la France n'a pas adhéré aux instruments internationaux relatifs à l'imprescriptibilité des crimes de guerre : SAAS C., *op. cit.*, p. 269.

⁹⁴ Dans ce sens la déclaration de la garde des Sceaux, Sénat, compte rendu intégral du 10 juin 2008, p. 2738.

⁹⁵ « Une personne n'est pas responsable pénalement si, au moment du comportement en cause : (...) c) Elle a

responsabilité pénale lorsqu'il a commis un acte commandé par la défense de lui-même ou d'autrui qui peut être constitutif, non seulement d'un crime de guerre, mais aussi d'un crime de génocide ou d'un crime contre l'humanité⁹⁶. En revanche, la défense « des biens essentiels à sa survie ou à celle d'autrui ou essentiels à l'accomplissement d'une mission militaire » peut être invoquée comme motif d'exonération de la responsabilité dans les seuls cas de crimes de guerre⁹⁷. Le projet de loi d'adaptation consacre pour sa part deux causes d'irresponsabilité dans le nouveau livre IV *bis* uniquement en rapport avec les crimes et délits de guerre : la légitime défense personnelle (462-9) et la légitime défense de la France (462-11). Il en découle *a contrario* que ces deux motifs ne sauraient être invoqués lorsque les crimes en cause sont le génocide et les crimes contre l'humanité. Reste toutefois à savoir si les articles 122-1 à 122-7 du code pénal, qui constituent un chapitre à part entière intitulé « des causes d'irresponsabilité ou d'atténuation de la responsabilité », sont ou non applicables au crime de génocide et aux crimes contre l'humanité.

Parmi les causes d'irresponsabilité ou d'atténuation de la responsabilité de ce chapitre figure la légitime défense (article 122-5) qui vise à exonérer de sa responsabilité pénale une personne qui accomplit un acte « commandé par la nécessité de la légitime défense d'elle-même ou d'autrui » ou nécessaire « pour interrompre l'exécution d'un crime ou d'un délit contre un bien ». Etant donné que la légitime défense du projet de nouvel article 462-9 ne couvre que la défense des biens et exclut, dès lors, celle de sa personne ou d'autrui⁹⁸, admettre l'applicabilité des articles 122-1 à 122-7 au crime de génocide et aux crimes contre l'humanité serait incohérent⁹⁹. Cela aurait comme effet de reconnaître aux personnes accusées de crimes plus graves que les crimes de guerre des motifs d'exonération de la responsabilité pénale plus étendus. Or, la non applicabilité des articles 122-1 à 122-7 au crime de génocide, aux crimes contre l'humanité, éventuellement au futur crime d'agression mais aussi aux crimes de guerre soulève une question de principe. En effet, outre la légitime défense et l'état de nécessité dont l'applicabilité à ces catégories de crimes est contestée par une partie de la doctrine¹⁰⁰, le livre premier prévoit aussi des causes d'irresponsabilité – que l'on retrouve dans le Statut de la CPI – qui

agi raisonnablement pour se défendre, pour défendre autrui ou, dans le cadre des crimes de guerre, pour défendre, des biens essentiels à sa survie ou à celle d'autrui ou essentiels à l'accomplissement d'une mission militaire, contre un recours imminent et illicite de la force, d'une manière proportionnée à l'ampleur du danger qu'elle courait ou que couraient l'autre personne ou les biens protégés ».

⁹⁶ *Contra* certains auteurs qui considèrent que la réalisation d'un acte de légitime défense apparaît logiquement absurde dans les cas du génocide et des crimes contre l'humanité, ABI-SAAB G. et CONDORELLI L., « Questions relatives à l'article 31, § 1 c) du Statut de la Cour pénale internationale : Travaux de l'atelier organisé par la Commission consultative de droit international humanitaire de la Croix-Rouge de Belgique Communauté Francophone », *Revue belge de droit international*, 2000, vol. 33, n° 2, p. 406. De même, MANTOVANI F., *op. cit.*, p. 36. *Contra* SCHABAS W. A., *Genocide in International Law*, Cambridge University Press, 2000, pp. 337 et s. Quant aux Etats parties au Statut de Rome, la Belgique est le seul qui ait fait une déclaration relative à cette disposition, en considérant qu'elle devrait être appliquée et interprétée en vertu de l'article 21 § 1 b) et eu égard aux règles du DIH auxquelles il ne peut être dérogé.

⁹⁷ Il importe de relever d'ailleurs que l'état de nécessité de l'alinéa de l'article 31 § 1 d) du Statut est invocable indépendamment de l'infraction en cause.

⁹⁸ « *N'est pas pénalement responsable d'un crime ou d'un délit de guerre visé par le présent livre la personne qui a agi raisonnablement pour sauvegarder des biens essentiels à sa survie ou à celle d'autrui ou essentiels à l'accomplissement d'une mission militaire, contre un recours imminent et illicite à la force, sauf s'il y a disproportion entre les moyens de défense employés et la gravité du danger couru ».*

⁹⁹ En tant que *lex specialis*, le projet de nouvel article 462-9 déroge aux articles 121-1 à 121-7.

¹⁰⁰ Voir *supra*.

répondent à des impératifs de la justice pénale. Tel est le cas de l'irresponsabilité pour cause des problèmes psychiatriques. Il y a alors un problème de mise en cohérence entre les causes d'irresponsabilité du premier livre du code pénal et les motifs d'exonération du Statut et leur applicabilité au crime de génocide, aux crimes contre l'humanité et aux crimes de guerre. Cela résulte du choix opéré par le gouvernement et reflété dans le projet de loi tel qu'adopté par le Sénat, de ne reprendre dans la loi d'adaptation que la légitime défense de l'article 31 § 3 c) du Statut.

Quant à la légitime défense de la France¹⁰¹, la légitime défense des Etats consacrée à l'article 51 de la Charte des Nations Unies n'est pas un motif d'exonération de la responsabilité pénale internationale expressément prévu dans le Statut. Toutefois, l'article 31 § 3 du Statut prévoit que « *la Cour peut prendre en considération un motif d'exonération autre que ceux qui sont prévus au paragraphe 1^{er}, si ce motif découle du droit applicable indiqué à l'article 21* ». Selon l'article 21 § 1 b), la CPI applique « *en second lieu, selon qu'il convient, les principes et règles du droit international* ». Ainsi, il n'est pas à exclure que la Cour admette le motif de la légitime défense au sens de l'article 51 de la Charte pour exonérer la responsabilité pénale d'une personne accusée d'avoir commis des crimes de guerre¹⁰².

Certains reprochent au projet de nouvel article 462-11 relatif à la légitime défense de la France de contribuer à une confusion entre le *jus ad bellum* et le *jus in bello* dans la mesure où il prévoit une irresponsabilité pénale de principe pour « *tout acte nécessaire à l'exercice par la France de son droit de légitime défense* »¹⁰³. Toutefois, il semble que l'objectif de l'article 462-11 ne consiste pas à exclure du champ d'application de l'article 8 du Statut tout acte qui aurait été commis à l'occasion de l'emploi par la France de l'arme nucléaire ou de toute autre arme non prohibée et qui aurait été susceptible d'être qualifié de crime de guerre. Il vise surtout à éviter que l'utilisation de l'arme nucléaire ou de toute autre arme non prohibée soit automatiquement assimilée à un crime de guerre¹⁰⁴, ce qui semble par ailleurs conforme à la déclaration interprétative de la France jointe à son instrument de ratification afférent au Statut de Rome¹⁰⁵. De plus, contrairement au Statut, l'article 462-11 limite l'emploi licite, au regard du droit pénal français, des armes en question au seul cas de légitime défense au sens de l'article 51 de

¹⁰¹ Le projet de nouvel article 462-11 dispose que : « *N'est pas constitutif d'une infraction visée par le présent livre le fait, pour accomplir un acte nécessaire à l'exercice par la France de son droit de légitime défense, d'user de l'arme nucléaire ou de toute autre arme dont l'utilisation n'est pas prohibée par une convention internationale à laquelle la France est partie* ».

¹⁰² L'article 31 §§ 1 et 3 est le fruit d'un compromis difficile car certains Etats participant à la Conférence de Rome en 1998 avaient avancé la proposition de reconnaître comme motifs de justification les représailles armées, les contre-mesures et la légitime défense au sens l'article 51 de la Charte des Nations Unies. Voir à cet égard AMBOS K., « Chapter 24.4: Other grounds for excluding criminal responsibility », in CASSESE A., GAETA P., JONES R. W. D., *op. cit.*, vol. 1, pp. 1028 et 1033, et RIVELLO R., « Les principes généraux de droit et le droit international pénal », in CHIAVARIO M. (dir.), *La justice pénale internationale entre passé et avenir*, Milano, Dalloz/Giuffrè, 2003, p. 105.

¹⁰³ Voir dans ce sens CNCDH, avis sur la loi portant adaptation du droit pénal à l'institution de la CPI, 6 novembre 2008, pp. 2 et 3.

¹⁰⁴ Ainsi, *Rapport Gélard*, pp. 48 et s.

¹⁰⁵ Selon cette déclaration, « *les dispositions de l'article 8 du Statut, en particulier celles du paragraphe 2 b), concernent exclusivement les armements classiques et ne sauraient ni réglementer ni interdire l'emploi éventuel de l'arme nucléaire ni porter préjudice aux autres règles du droit international applicables à d'autres armes, nécessaires à l'exercice par la France de son droit naturel de légitime défense [...]* ».

la Charte. En effet, la seule disposition du Statut qui se réfère à l'emploi en tant que tel des armes non prohibées, à savoir l'article 8 § 2 b) xx, n'établit aucune distinction au regard du *jus ad bellum*¹⁰⁶. Le projet de nouvel article 462-11 pose donc une condition supplémentaire que le Statut de Rome ne prévoit pas et qui ne fait que renforcer, plutôt qu'affaiblir la répression des crimes de guerre. D'ailleurs, étant donné qu'il limite l'invocation du motif d'exonération de la responsabilité fondé sur la légitime défense aux seuls crimes et délits de guerre, l'utilisation de l'arme nucléaire ou de toute autre arme non prohibée par une convention à laquelle la France est partie, peut être constitutive par elle-même d'acte de génocide ou des crimes contre l'humanité, voire dans l'avenir, d'un crime d'agression.

Toujours est-il que l'incrimination des crimes de guerre par le projet de loi a déjà produit un effet sur le plan des engagements internationaux de la France. En effet, cinq jours après l'adoption en première lecture du projet la France a retiré sa réserve, formulée lors de la ratification du Statut conformément à l'article 124¹⁰⁷, et, à compter du 15 juin 2008, elle reconnaît la compétence de la CPI pour juger les crimes de guerre¹⁰⁸. Parallèlement à ces modifications du droit pénal substantiel, le projet de loi est aussi à l'origine de la révision de certaines règles de procédure qui touchent à la compétence territoriale de la France en matière pénale.

B. – Les règles pénales relatives à la procédure

Le principe ou régime de complémentarité, tel qu'organisé dans le Statut de la CPI, est étroitement lié à la façon dont certaines questions de procédure sont réglées au niveau national¹⁰⁹. Le nombre d'affaires portées devant la CPI dépendra du contenu des règles relatives, entre autres, aux conditions préalables à l'exercice de la compétence des juridictions internes, aux sujets aptes à mettre en mouvement l'action publique et au statut des immunités dont jouissent certaines personnes. Le projet de loi d'adaptation du droit pénal au Statut de la CPI vise à insérer un nouvel article 689-11 dans le code de procédure pénale qui s'inscrit dans cette logique.

¹⁰⁶ Selon cette disposition : « Aux fins du Statut, on entend par « crimes de guerre » : [...] Le fait d'employer les armes, projectiles, matières et méthodes de guerre de nature à causer des maux superflus ou des souffrances inutiles ou à frapper sans discrimination en violation du droit international des conflits armés, à condition que ces armes, projectiles, matières et méthodes de guerre fassent l'objet d'une interdiction générale et qu'ils soient inscrits dans une annexe au présent Statut, par voie d'amendement adopté selon les dispositions des articles 121 et 123 ».

¹⁰⁷ Cette disposition de caractère transitoire a été adoptée lors de la Conférence de Rome à la demande des Etats-Unis et de la France et permet à un Etat qui devient partie au Statut de ne pas accepter la compétence de la Cour en ce qui concerne les crimes de guerre visés à l'article 8 – lorsqu'il est allégué qu'un crime a été commis sur son territoire ou par ses ressortissants – pour une période de sept ans à partir de l'entrée en vigueur du Statut à son égard. La France et la Colombie ont été les seuls Etats à avoir formulé une réserve en vertu de cette disposition.

¹⁰⁸ Sénat, compte rendu intégral du 10 juin 2008, pp. 2715 et s. Voir aussi le discours de la Secrétaire d'Etat chargée des Affaires étrangères et des droits de l'Homme à l'occasion du 10ème anniversaire de la CPI (La Haye, 4 juillet 2008) (www.diplomatie.gouv.fr).

¹⁰⁹ Pour ce qui est de l'interaction entre la compétence universelle et la complémentarité, voir PHILIPPE X., « The Principles of Universal Jurisdiction and Complementarity: How Do the Two Principles Intermesh? », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, 2006, vol. 88, n° 862, pp. 388 et ss.

1. – La compétence des juridictions françaises

Selon l'article 689 du code de procédure pénale, « 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 Ier du code pénal ou d'un autre texte législatif, la loi française est applicable, soit lorsqu'une convention internationale donne compétence aux juridictions françaises pour connaître de l'infraction ». L'article 689-1 précise qu'en application des conventions internationales visées aux articles 689-3 et suivants, « peut être poursuivie et jugée par les juridictions françaises, si elle se trouve en France, toute personne qui s'est rendue coupable hors du territoire de la République de l'une des infractions énumérées par ces articles ». Parmi les infractions visées par les articles 689-2 à 689-10, figure celle relative à la convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants de 1984 (art. 689-2)¹¹⁰. Ainsi, toute personne supposée l'auteur d'actes de tortures ou de traitements cruels, inhumains ou dégradants au sens de l'article 1^{er} de la convention en question peut être poursuivie et jugée dans les conditions prévues dans l'article 689-1. Dès lors, à cette fin, il suffit, entre autres, que la personne en question « se trouve » sur le territoire français¹¹¹. Les juridictions françaises sont aussi compétentes pour connaître des crimes relevant de la compétence du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie et du Tribunal pénal international pour le Rwanda si les auteurs « sont trouvés en France »¹¹².

Pour les infractions qui ne sont pas couvertes par les dispositions de l'article 689-1 et qui ont été commises hors du territoire de la République, leurs auteurs ou complices peuvent être poursuivis et jugés par les juridictions françaises lorsque, conformément aux dispositions du livre I^{er} du code pénal ou d'un autre texte législatif, la loi française est applicable (article 689-1). Ainsi, le projet de loi d'adaptation introduit un nouvel article 689-11 dans le code de procédure pénale qui confère compétence à celles-ci lorsqu'il s'agit de l'un des crimes de l'article 5 du Statut de Rome : « *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 dont il a la nationalité est partie à la convention précitée* ».

Ce projet de nouvelle disposition est à l'origine de certaines incohérences. Tout d'abord, il est paradoxal qu'elle ne se réfère pas aux articles du code pénal qui font justement

¹¹⁰ La torture peut être un acte constitutif d'un crime contre l'humanité (article 7, § 1 *f*) du Statut de la CPI). La torture ou les traitements inhumains peuvent aussi être constitutifs des crimes de guerre (article 8, § 2 *a*) du Statut de la CPI).

¹¹¹ L'article 113-1 du code pénal fournit une définition du terme « territoire » mais pour les seuls besoins du chapitre consacré à l'application de la loi pénale dans l'espace (Chapitre III, Titre premier « De la loi pénale », Livre premier « Dispositions générales ») : « Pour l'application du présent chapitre, le territoire de la République inclut les espaces maritimes et aérien qui lui sont liés ».

¹¹² Articles 2 respectivement de la loi n° 95-1 du 2 janvier 1995 et de la loi n° 96-432 du 22 mai 1996. De plus, pour que la France puisse se déclarer compétente en la matière, il faut que les auteurs en question aient commis un des actes énumérés aux articles premiers de chacune des deux lois précitées.

l'objet de la loi d'adaptation, à savoir les articles 211-1, 211-2, 212-1 à 212-3 et ceux du nouveau livre IV *bis*, mais aux « 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 »¹¹³. Il y a donc une incohérence évidente entre cet article et les autres dispositions du projet de loi d'adaptation. Par conséquent, il n'est pas clair que le projet de nouvel article 689-11 soit applicable aux articles précités du projet de loi d'adaptation. De plus, le choix du terme « crimes » peut être considéré comme excluant les « délits de guerre » tels que prévus dans le nouveau livre IV *bis* du code pénal introduit par le projet de loi¹¹⁴. Si tel est le cas, la question demeure entière de savoir si les articles 113-6 et 113-7 du code pénal – qui prévoient les conditions qui devant être remplies pour que la loi française soit applicable à un crime ou à un délit commis hors du territoire français – sont applicables aux « délits de guerre »¹¹⁵.

Au-delà de ces incohérences, le projet de nouvel article 689-11 opère un choix déterminant quant à la compétence *ratione personae* des juridictions françaises, choix considéré par certains comme étant à l'origine d'une incohérence supplémentaire¹¹⁶. Il s'agit ici de se pencher sur le terme « réside habituellement », qui a été préféré au terme « se trouve », en tant que lien de rattachement de l'auteur des actes incriminés avec la France. Ainsi, comme c'est déjà le cas pour les personnes impliquées dans des affaires de tourisme sexuel, d'activités de mercenaire et de clonage commis à l'étranger¹¹⁷, la résidence habituelle est aussi exigée lorsqu'il s'agit de juger en France les auteurs de l'un des crimes de l'article 5 du Statut de la CPI. Il est évident que le terme « réside habituellement » du projet d'article 689-11 du code de procédure pénal est restrictif par rapport au terme « se trouve » de l'article 689-1 du même code. Or, le Statut n'impose pas aux Etats parties une obligation d'aligner les conditions préalables à l'exercice de la compétence des juridictions nationales sur l'article 12 de celui-ci, ce qui laisse une large marge de manœuvre aux Etats.

Pour que la personne coupable d'avoir commis à l'étranger l'un des crimes de l'article 5 du Statut puisse être poursuivie et jugée par les juridictions françaises, le projet de nouvel article 689-11 pose deux autres conditions alternatives et que l'on ne retrouve pas dans le Statut de la CPI : ou bien les faits doivent être punis par la législation de l'Etat où ils ont été commis, ou bien l'Etat sur le territoire duquel les actes ont été commis est partie au Statut de Rome et l'auteur de ces actes a la nationalité de cet Etat. Autrement dit, la personne accusée d'avoir commis à l'étranger l'un des crimes relevant de la compétence

¹¹³ D'ailleurs, cette incohérence de la loi d'adaptation ne peut être expliquée par l'obligation de la France de remettre à la CPI une personne réclamée par celle-ci et qui se trouverait sur le territoire de la République. En effet, avec la loi n° 2002-268 du 26 février 2002, toutes les questions relatives à la coopération avec la CPI sont réglées dans le nouveau titre premier du Livre IV du code de procédure pénale. Dès lors, le projet de nouvel article 689-11 ne peut que concerner les crimes relevant de la compétence de la CPI dans la limite de et dans les conditions posées par la loi d'adaptation.

¹¹⁴ Cela serait par ailleurs commandé par l'article 111-4 du code pénal selon lequel « [l]a loi pénale est d'interprétation stricte ». Suivant une interprétation stricte du projet de nouvel article 689-11, le terme « crimes » doit nécessairement exclure les « délits de guerre ».

¹¹⁵ Ainsi, à supposer qu'une telle applicabilité soit possible, les « délits de guerre » commis par des Français contre des étrangers hors du territoire de la République ne pourraient être poursuivis et punis en France que si les faits étaient aussi punis par la législation du pays où ils ont eu lieu.

¹¹⁶ Ainsi R. Badinter, Sénat, compte rendu intégral du 10 juin 2008, p. 2743.

¹¹⁷ Voir articles 222-22, 436-3 et 511-1-1 relatifs respectivement au tourisme sexuel, aux activités de mercenaire et aux activités de clonage commis à l'étranger.

de la CPI peut être poursuivie et jugée par les juridictions françaises à condition qu'elle ait commis les faits incriminés sur le territoire soit d'un Etat qui est partie au Statut et dont elle a nationalité, soit d'un Etat dont la législation punit les faits en question. Il en ressort *a contrario* que, même si l'auteur présumé d'actes constitutifs des crimes relevant de la compétence de la CPI réside habituellement sur le territoire de la République, il ne peut être poursuivi et jugé en France si les crimes en question ont été commis sur le territoire d'un Etat non partie au Statut dont la législation nationale ne les punit pas. Il en va de même si les crimes en question ont été commis sur le territoire d'un Etat partie au Statut qui ne les punit pas et dont l'auteur présumé n'a pas sa nationalité. Le projet de nouvel article 689-11 du code de procédure pénale s'avère ainsi moins favorable à la victime de nationalité française que le droit commun en la matière, à savoir l'article 113-7 du code pénal¹¹⁸.

Or, aucune obligation n'incombe aux Etats parties au Statut de la CPI de poursuivre et juger toute personne qui s'est rendue coupable de l'un des crimes de l'article 5 de celui-ci. En effet, si, selon le paragraphe 6 du Préambule du Statut, « il est du devoir de chaque Etat de soumettre à sa juridiction criminelle les responsables de crimes internationaux », aucune obligation de poursuivre et punir au titre de la compétence universelle ne figure dans le corps du traité¹¹⁹. D'ailleurs, la compétence de la Cour elle-même n'est pas « universelle » mais délimitée par les conditions posées à l'article 12 du Statut¹²⁰. En plus, une certaine ambiguïté caractérise le statut même de la compétence universelle en droit international¹²¹, ce qui empêche de conférer à la CPI une compétence universelle.

¹¹⁸ Selon l'article 113-7, « la loi pénale française est applicable à tout crime, ainsi qu'à tout délit puni d'emprisonnement, commis par un Français ou par un étranger hors du territoire de la République lorsque la victime est de nationalité française au moment de l'infraction ». En application du principe *lex specialis derogat generalis*, le nouvel article 689-11 du code de procédure pénale devrait normalement déroger à l'article 113-7 du code pénal.

¹¹⁹ En outre, pour la majorité de la doctrine l'obligation de juger ou d'extrader l'auteur d'un crime international ne découle pas du droit international général mais du droit conventionnel. Dans ce sens voir FICHET-BOYLE I. et MOSSE M., « L'obligation de prendre des mesures internes nécessaires à la prévention et à la répression des infractions », in ASCENSIO H., DECAUX E., PELLET A., *Droit international pénal*, Paris Pedone, 2000, *passim*, et BANTEKAS I. et NASH S., *International Criminal Law*, Londres, Routledge, 3^{ème} édition, 2007, pp. 91 et s.

¹²⁰ Par conséquent, dire que la France reconnaît une « compétence universelle » uniquement à la CPI – Garde des Sceaux : Sénat, compte rendu intégral du 10 juin 2008, p. 2705 – n'est pas conforme aux conditions de compétence de la CPI telles que déterminées dans son Statut. Or, l'argumentation de la Garde des Sceaux consiste à dire que la CPI pourra se saisir d'une affaire dont les juridictions pénales françaises se déclarent incompétentes pour connaître au motif que l'auteur présumé de l'un des crimes de l'article 5 du Statut ne « réside » pas « habituellement » sur le territoire national. Pour sa part, R. Badinter fustige la conception de la complémentarité soutenue par la Garde des Sceaux qui, selon lui, met en place « un ensemble hiérarchisé, au sommet duquel trônerait non pas la communauté internationale, mais la Cour pénale internationale, sorte de juridiction suprême ayant compétence pour juger les responsables des plus grands crimes, les Etats parties n'ayant à connaître que des crimes d'une ampleur plus mineure », *ibid*.

¹²¹ Cf. COMBACAU J. et SUR S., *op. cit.*, pp. 353 et s., qui, en dehors du cas isolé de la piraterie, considèrent la compétence universelle n'a pas de base légale en droit international. P. Gélard mentionne l'état ambigu du droit international à l'égard de la compétence universelle et estime que tant que la Cour internationale de Justice n'aura pas statué sur l'affaire *Certaines procédures pénales engagées en France (République du Congo c. France)* la France ne doit pas élargir de nouveau le domaine d'application de la compétence universelle, *Rapport Gélard*, p. 23. La République du Congo a saisi la CIJ le 9 décembre 2002 d'un différend qui l'oppose à la France au sujet d'une procédure pour crimes contre l'humanité et tortures mettant notamment en cause le ministre congolais de l'intérieur, M. Pierre Oba, et dans le cadre de laquelle une commission rogatoire a été délivrée aux fins de l'audition comme témoin du président de la République du Congo, M. Denis Sassou Nguesso.

Les Etats parties au Statut de la CPI demeurent donc libres quant aux conditions préalables à l'exercice par le juge national de sa compétence à l'égard des crimes de l'article 5 du Statut. Il en va de même de la détermination des sujets aptes à déclencher l'action publique.

2. – L'action publique

Selon les règles du droit commun, outre les magistrats, certains fonctionnaires ainsi que les victimes de l'infraction ont le droit de mettre en mouvement l'action publique¹²². La victime est alors un agent de la répression au même titre que le ministère public¹²³. Ainsi, en cas d'inaction de la part du ministère public, la victime peut elle-même mettre en mouvement l'action publique. Toutefois, exceptionnellement, les victimes de certaines infractions, notamment lorsque ces dernières sont commises hors du territoire national, sont privées de ce droit processuel. C'est en ce sens que certains qualifient de règle de droit commun le monopole du ministère public en matière de poursuite des infractions extraterritoriales, y compris lorsque celles-ci sont commises par des Français¹²⁴.

De même, l'alinéa 2 du projet de nouvel article 689-11 prive les victimes des crimes relevant de la compétence de la CPI du droit de mettre en mouvement l'action publique : « la poursuite [...] 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 ». En revanche, le droit commun de l'article premier du code de procédure pénale est applicable lorsqu'il s'agit de mettre en mouvement l'action publique pour poursuivre une personne coupable de tortures au sens de l'article 1^{er} de la Convention contre la torture de 1984. Dès lors, la qualité de sujet de l'action publique dépend du crime en cause. Le législateur opère alors une sorte de « discrimination » à l'égard des victimes en fonction du crime international commis¹²⁵. Or, aucune règle du droit interne ou du droit international n'oblige l'Etat à garantir un traitement identique à toutes les victimes des crimes internationaux¹²⁶.

En outre, le projet de loi d'adaptation n'accorde pas aux victimes des crimes de l'article 5 du Statut le même niveau de participation à la procédure que l'on retrouve dans le Statut. En effet, contrairement aux deux tribunaux pénaux internationaux *ad hoc* dont les Statuts ne faisaient aucune allusion aux victimes¹²⁷, le Statut de la CPI leur accorde certains

¹²² Article 1^{er} du code de procédure pénale.

¹²³ PRADEL J., *Procédure pénale*, Paris, Editions Cujas, 13^{ème} édition, 2006, par. 221.

¹²⁴ Le rapporteur P. Gélard et la garde des Sceaux : Sénat, compte rendu intégral du 10 juin 2008, p. 2746. Ainsi, par exemple, selon l'article 435-6 du code pénal, tel que modifié par la loi n° 2007-1598 du 13 novembre 2007 relative à la lutte contre la corruption, « la poursuite des délits mentionnés aux articles 435-1 à 435-4 ne peut être engagée qu'à la requête du ministère public ».

¹²⁵ Voir la critique dans ce sens de la CNCDH, avis sur la loi portant adaptation du droit pénal à l'institution de la CPI, adopté par l'Assemblée plénière du 6 novembre 2008, p. 3.

¹²⁶ Cf. toutefois l'article XI des « Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international relatif aux droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire », Commission des droits de l'homme, résolution 2005/35, 19 avril 2005. Or, il s'agit d'un instrument de *soft law* et, par conséquent, juridiquement non contraignant.

¹²⁷ De même le Statut du Tribunal spécial pour la Sierra Leone. En revanche, selon l'article 36 de la loi relative à la création des chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens, les victimes, avec les accusés et les co-procureurs, ont le droit de former appel contre la décision de la Chambre extraordinaire de

droits qu'elles peuvent exercer dès la phase de l'ouverture de l'enquête¹²⁸. Toutefois, le Statut de la CPI ne reconnaît pas aux victimes un droit équivalent à celui de l'article 1^{er}, alinéa 2 du code pénal français, à savoir un droit de mettre en mouvement l'action publique. D'ailleurs, le droit de participation des victimes à la procédure devant la CPI est « potentiel »¹²⁹, en ce sens qu'il est subordonné à la reconnaissance par la Cour elle-même du statut de victime¹³⁰. Malgré cette « ouverture » du système de la CPI à la participation des victimes, aucune obligation n'incombe aux Etats parties au Statut de Rome d'accorder à celles-ci une place équivalente dans le cadre de la procédure pénale interne. D'autant plus que les instruments internationaux existants dans le cadre des Nations Unies qui traitent de la question des droits des victimes relèvent du *soft law* et ne sont pas juridiquement contraignants¹³¹. Tel est le cas de l'article 4 de la Déclaration des Nations Unies de 1985 qui reconnaît aux victimes « le droit à l'accès aux instances judiciaires et à une réparation rapide du préjudice qu'elles ont subi »¹³².

première instance devant la Chambre extraordinaire de la Cour suprême. Une place importante, analogue à celle accordée aux victimes par le Statut de la CPI, est également accordée aux victimes dans l'Accord entre l'ONU et le Liban sur la création d'un Tribunal spécial pour le Liban qui comprend le Statut de celui-ci (l'Accord figure en annexe à la résolution 1757 (2007) du Conseil de sécurité, adoptée le 30 mai 2007) ; voir à cet égard l'article 17 de l'Accord.

¹²⁸ Sur l'élargissement de la notion de « procédure » de l'article 68 § 3, alinéa premier, afin qu'elle inclut la phase de l'enquête, voir CPI, *Situation en RDC*, Chambre préliminaire I, décision sur les demandes de participation à la procédure de VPS1, VPRS 2, VPRS 3, VPRS 4, VPRS 5 et VPRS 6, 17 janvier 2006, *passim*, notamment par. 46. Sur l'autorisation de la participation des victimes à l'audience de confirmation des charges, voir CPI, *Affaire Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, Chambre préliminaire I, décision sur les modalités de participation des victimes a/0001/06, a/0002/06 et a/0003/06 à l'audience de confirmation des charges, 22 septembre 2006, p. 6. D'ailleurs, les victimes ont un rôle à jouer au stade préalable à l'ouverture de l'enquête conformément aux dispositions suivantes : article 15 §§1, 2 et 3, article 53 §1 du Statut, règle 50 §§ 1, 3 et 4 du Règlement de procédure et de preuve (RPP), norme 50 du Règlement de la Cour.

¹²⁹ JORDA C. et DE HEMPINNE J., « The Status and Role of the victim », in CASSESE A., GAETA P. et JONES J. R. W. (dir.), *op. cit.*, vol. II, p. 1405.

¹³⁰ Voir article 68 § 3, alinéa premier du Statut de la CPI. Les seuls sujets de l'action publique dans le cadre de la CPI sont le Procureur, le Conseil de sécurité et les Etats parties au Statut : OLASOLO H., *The Triggering Procedure of the International Criminal Court*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2005, pp. 48 et ss.

¹³¹ « Déclaration des principes fondamentaux de justice relatifs aux victimes de la criminalité et aux victimes d'abus de pouvoir », Assemblée générale, résolution 40/34, 29 novembre 1985, 40e session, Document des Nations Unies A/RES/40/34 ; « Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international relatif aux droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire », Commission des droits de l'homme, résolution 2005/35, 19 avril 2005. Voir aussi la référence de la CPI à ces deux instruments dans le cadre de sa démarche visant à définir les éléments constitutifs du préjudice subi par une victime en droit international pénal, CPI, *Situation en RDC*, Chambre préliminaire I, décision sur les demandes de participation à la procédure de VPS1, VPRS 2, VPRS 3, VPRS 4, VPRS 5 et VPRS 6, 17 janvier 2006, par. 115 et 117.

¹³² Cf. aussi les articles II c), VII et VIII des Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international relatif aux droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire. Il convient de noter ici que l'accès à un tribunal n'implique pas nécessairement le droit à mettre en mouvement l'action publique. D'autant plus que dans nombreux systèmes nationaux, de tradition continentale et de *common law*, les victimes d'infractions participent à la procédure pénale selon des modalités différentes. Voir à cet égard : STAHN C., OLASOLO H. et GIBSON K., « Participation of Victims in Pre-Trial Proceedings of the ICC », *JICJ*, vol. 4, n° 2, 2006, pp. 219 et s.

La France exerce donc sa souveraineté pénale¹³³ et refuse de reconnaître aux victimes de l'un des crimes de l'article 5 du Statut de la CPI la qualité de sujet de l'action publique dans le cadre de la procédure pénale interne. Elle va même plus loin en soumettant le monopole du ministère public en la matière à une exigence supplémentaire. En effet, selon les termes du projet de nouvel article 689-11, le ministère public doit « s'assurer » auprès de la CPI « qu'elle décline 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 ». Il en ressort la volonté claire de la France de ne se saisir que de façon subsidiaire d'une affaire qui implique la commission à l'étranger de l'un des crimes de l'article 5 du Statut de la CPI. Il en va de même lorsqu'il s'agit de poursuivre ou de juger en France une personne jouissant d'immunités.

3. – *Les règles relatives à l'immunité*

L'article 27 du Statut de la CPI pose, dans son premier paragraphe, le principe selon lequel la qualité officielle n'exonère en aucun cas de la responsabilité pénale au regard du Statut et ne constitue pas non plus en tant que telle un motif de réduction de la peine. Cette disposition entend par qualité officielle « en particulier » celle de chef d'État ou de gouvernement, de membre d'un gouvernement ou d'un parlement, de représentant élu ou d'agent d'un État. La mise en œuvre de ce principe présuppose que « les immunités ou règles de procédure spéciales qui peuvent s'attacher à la qualité officielle d'une personne, en vertu du droit interne ou du droit international, n'empêchent pas la Cour d'exercer sa compétence à l'égard de cette personne »¹³⁴. Autrement dit, aussi bien les immunités que les privilèges en matière de droit applicable ou de juridiction attachés à la qualité officielle d'une personne n'ont pas d'effet sur la compétence de la CPI. Pour sa part, le projet de loi d'adaptation ne comprend aucune disposition relative à la question de la qualité officielle des personnes coupables d'avoir commis l'un des crimes de l'article 5 du Statut ou l'un de ceux qui font l'objet du projet de loi d'adaptation. Dès lors, le droit applicable en la matière demeure celui qui existait avant l'adoption du projet de loi. Les règles applicables sont d'origine aussi bien nationale qu'internationale.

a. - Les règles applicables du droit interne

Dans sa décision du 22 janvier 1999, le Conseil constitutionnel avait estimé que l'article 27 du Statut de Rome était « contraire aux régimes particuliers de responsabilité institués par les articles 26, 68 et 68-1 de la Constitution »¹³⁵. L'article 27 du Statut est la seule disposition déclarée *expressis verbis* contraire à des articles précis de la Constitution¹³⁶. L'ancien article 68 de la Constitution prévoyait notamment que « le Président de la République n'est responsable des actes accomplis dans l'exercice de ses fonctions qu'en cas de haute trahison ». L'article 68-1 dispose que les ministres, qui sont « pénalement responsables des actes accomplis dans l'exercice de leurs fonctions et

¹³³ CPII, *Affaire du « Lotus »*, arrêt du 7 septembre 1927, Série A, n° 10, *passim*. Voir aussi CPA, *Ile de Palmas (ou Miangas)*, Max Huber, SA, 4 avril 1928, RSA, vol. XI, p. 838, qui se réfère à la compétence exclusive de l'Etat sur son propre territoire.

¹³⁴ Article 27 § 2 du Statut de la CPI.

¹³⁵ CC, Décision n° 98-408, 22 janvier 1999, par. 17. Le Conseil d'Etat en avait fait de même lorsqu'il s'était penché sur le projet de Statut élaboré par la CDI : Avis N° 358 597, 29 février 1996, Assemblée générale (Section de l'Intérieur), point I°).

¹³⁶ CC, Décision n° 98-408, 22 janvier 1999, *passim*.

qualifiés crimes et délits au moment où ils ont été commis », sont jugés par la Cour de justice de la République. Enfin, quant à l'article 26, il prévoit, dans son premier alinéa, l'irresponsabilité des membres du Parlement pour les opinions ou votes émis dans l'exercice de leurs fonctions, et dans son second alinéa, l'inviolabilité de leur personne, hors cas de crime ou délit flagrant ou de condamnation définitive.

Ce motif d'inconstitutionnalité n'a pas été réglé par la révision constitutionnelle du 8 juillet 1999 qui s'est limitée à autoriser de manière abstraite la ratification par la France du Statut de la CPI¹³⁷ et qui, en ce sens, a été qualifiée d'imparfaite¹³⁸. Il est vrai toutefois que la modification des articles 68, 68-1 et 26 aurait posé des problèmes complexes¹³⁹. Toutefois, la révision constitutionnelle du 23 février 2007¹⁴⁰ a harmonisé les rapports entre le statut pénal du chef de l'Etat et l'article 27 du Statut de la CPI ; l'article 67 modifié, alinéa 1^{er}, dispose que « le Président de la République n'est pas responsable des actes accomplis en cette qualité, sous réserve des dispositions des articles 53-2 et 68 »¹⁴¹. Il en découle clairement que le Président de la République est responsable des actes accomplis en cette qualité lorsqu'ils sont constitutifs de l'un des crimes qui relèvent de la compétence de la CPI¹⁴². En revanche, la question se pose de savoir si le deuxième alinéa de l'article 67¹⁴³ est applicable lorsque la CPI demande à la France d'arrêter le Président de la République et de le lui remettre. En effet, l'inviolabilité consacrée par le deuxième alinéa de l'article 67 ne peut concerner que les actes détachables de la fonction du Président de la République. Or, comme il découle du premier alinéa de l'article 67, les actes pouvant être qualifiés de crime de génocide, de crimes contre l'humanité ou de crimes de guerre, sont nécessairement accomplis dans le cadre de la fonction¹⁴⁴ et ne sont donc pas détachables de celle-ci. Par ailleurs, l'emploi des termes « juridiction ou autorité administrative française » semble exclure l'applicabilité de cette disposition lorsque le Président de la République fait l'objet d'un mandat d'arrêt de la part d'une juridiction internationale comme la CPI. Ainsi, dans la mesure où, au regard de la Constitution, les

¹³⁷ Nouvel article 53-2 : « La République peut reconnaître la juridiction de la Cour pénale internationale dans les conditions prévues par le traité signé le 18 juillet 1998. »

¹³⁸ Voir sur cette question *supra*. Voir aussi LIGNEUL N., « Le statut des personnes titulaires de qualités officielles en droit constitutionnel français et l'article 27 de la Convention de Rome portant statut de la Cour pénale internationale », *Revue internationale de droit pénal*, vol. 70, n° 4, 1999, pp. 1005 et s.

¹³⁹ En ce sens rapport sur la révision de R. Badinter : Sénat, Rapport n° 318 (1998-1999) de R. Badinter, 28 avril 1999 (http://www.senat.fr/rap/198-318/198-318_mono.html).

¹⁴⁰ Loi constitutionnelle n° 2007-238 du 23 février 2007 portant modification du titre IX de la Constitution.

¹⁴¹ Quant à l'article 68, alinéa 1, il est aussi modifié : « Le Président de la République ne peut être destitué qu'en cas de manquement à ses devoirs manifestement incompatible avec l'exercice de son mandat. La destitution est prononcée par le Parlement constitué en Haute Cour ».

¹⁴² Cette lecture est confirmée par les deux rapports parlementaires relatifs à la révision constitutionnelle en question : Assemblée nationale, N° 3537, Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi constitutionnelle portant modification du titre IX de la Constitution, par Ph. Houillon, député, 20 décembre 2006 (*Rapport Houillon*), p. 44. Voir aussi Sénat, N° 194, Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation, du suffrage universel, du Règlement et de l'administration générale, sur le projet de loi constitutionnelle, adopté par l'Assemblée nationale, portant modification du titre IX de la Constitution, par J.-J. Hyest, sénateur, 31 janvier 2007 (*Rapport Hyest*), p. 31.

¹⁴³ Selon cette disposition, le Président de la République « ne peut, durant son mandat et devant aucune juridiction ou autorité administrative française, être requis de témoigner non plus que faire l'objet d'une action, d'un acte d'information, d'instruction ou de poursuite ». Le dernier alinéa prévoit pour sa part que « les instances et procédures auxquelles il est ainsi fait obstacle peuvent être reprises ou engagées contre lui à l'expiration d'un délai d'un mois suivant la cessation des fonctions ».

¹⁴⁴ *Rapport Houillon*, p. 42, et *Rapport Hyest*, p. 32.

crimes relevant de la compétence de la CPI sont considérés comme des actes accomplis dans l'exercice de ses fonctions, la destitution par la Haute Cour, selon la procédure de l'article 68 de la Constitution, apparaît comme la seule sanction possible à l'encontre du Président de la République. Dès lors, la question de savoir si cette sanction satisfait ou non les conditions de l'article 17 du Statut demeure entière¹⁴⁵. En revanche, il serait plus probable que la CPI se déclare compétente pour poursuivre et juger le Président de la République si la Haute Cour ne le destituerait pas conformément toujours à l'article 68 de la Constitution¹⁴⁶.

Quant aux ministres, selon l'article 68-1, alinéa premier, de la Constitution, ceux-ci sont pénalement responsables des actes accomplis dans l'exercice de leurs fonctions mais ils jouissent d'un privilège de juridiction. Pour les actes en question, qualifiés de crimes ou délits au moment où ils ont été commis, les membres du gouvernement seront jugés par la Cour de justice de la République¹⁴⁷. Ainsi, les ministres peuvent faire l'objet de poursuites lorsque ils se sont rendus coupables d'actes qualifiés de crimes de génocide, de crimes contre l'humanité ou de crimes de guerre tels que prévus dans le projet de loi d'adaptation¹⁴⁸. Le Conseil constitutionnel a estimé que l'article 27 du Statut de la CPI est contraire à l'article 68-1 en ce que le premier déroge au privilège de juridiction accordé par le second aux ministres¹⁴⁹. Or, le privilège de juridiction ne doit pas être examiné en tant que tel mais par opposition à la compétence des juridictions de droit commun. En effet, un tel privilège vise à établir une « discrimination » entre les membres du gouvernement et les autres citoyens de la République et, par là, il se limite nécessairement à l'ordre juridique français¹⁵⁰. En plus, la compétence de la CPI est subsidiaire par rapport à celle des Etats parties au Statut de Rome. Dès lors, la compétence de la CPI ne prime pas sur celle de la Cour de justice de la République et, par conséquent, ne porte pas atteinte au privilège de juridiction dont jouissent les ministres¹⁵¹. Ainsi, si la Cour de justice de la République poursuit et juge un membre du gouvernement, la CPI n'aura pas à statuer sur cette affaire. D'ailleurs, si le Conseil constitutionnel estime que les limitations apportées par les articles 17 et 20 du Statut à la compétence des juridictions françaises de droit commun sont conformes à la Constitution, il est difficile de comprendre pourquoi il refuse de faire de même s'agissant de l'article 68-1¹⁵².

¹⁴⁵ En raison notamment du caractère éminemment politique de la Haute Cour. Voir sur le caractère politique de l'appréciation de la Haute Cour, de CLAZALS M., « La V^e République face à l'instauration d'une destitution politique inédite du Président de la République », *Revue française de droit constitutionnel*, n° 71, 2007, p. 468. Sur les sanctions autres que pénales et la question de la recevabilité conformément à l'article 17 du Statut de la CPI, cf. MEYER F., *op. cit.*, pp. 552 et ss.

¹⁴⁶ *Rapport Hyeat*, p. 31.

¹⁴⁷ Article 68-1, deuxième alinéa de la Constitution.

¹⁴⁸ L'alinéa 3 de l'article 68-1 de la Constitution prévoit que « [l]a Cour de justice de la République est liée par la définition des crimes et délits ainsi que par la détermination des peines telles qu'elles résultent de la loi ».

¹⁴⁹ CC, Décision n° 98-408, 22 janvier 1999, par. 16.

¹⁵⁰ Voir dans ce sens LIGNEUL N., *op. cit.*, pp. 1011 et s.

¹⁵¹ Voir dans ce sens *ibid.*, p. 1011. D'ailleurs, dans sa décision le Conseil constitutionnel se réfère lui-même à la compétence de la CPI en tant que compétence subsidiaire et supplémentaire à celle des juridictions nationales, cf. CC, Décision n° 98-408, 22 janvier 1999, par. 29-34.

¹⁵² D'autant plus que cette disposition n'introduit aucune irresponsabilité des ministres au regard du droit commun. Voir LIGNEUL N., *op. cit.*, p. 1011.

En ce qui concerne les parlementaires, il faut distinguer l'irresponsabilité de l'inviolabilité. S'agissant de l'inviolabilité, consacrée à l'article 26, alinéa 2 de la Constitution, elle peut être levée si le Bureau de l'assemblée dont le parlementaire fait partie autorise son arrestation¹⁵³. Cette règle constitutionnelle de procédure spéciale ne semble donc pas *a priori* incompatible avec l'article 27 du Statut. En effet, certes les articles 59 et 89 du Statut imposent à la France des obligations en matière d'arrestation et de détention, mais ils lui permettent de s'y plier « conformément à sa législation nationale » dont l'article 26, alinéa 2, fait partie¹⁵⁴. Dès lors, comme l'ont relevé le Conseil constitutionnel et le Conseil d'Etat¹⁵⁵, il y a une incompatibilité entre cette disposition de la Constitution et l'article 27 du Statut de la CPI¹⁵⁶, mais qui est résolue par les articles 59 et 89 du Statut lui-même.

En revanche, l'article 26, alinéa 1^{er}, semble garantir une irresponsabilité absolue dont le champ d'application est limité aux « opinions et votes émis » par un membre du Parlement, ce qui est étroitement lié à l'histoire même du parlementarisme. L'exemple classique invoqué ici est celui-ci du parlementaire qui, lors d'un discours devant le Parlement, incite directement et publiquement à commettre un génocide. Dans l'hypothèse où les autorités françaises ne poursuivent pas et ne jugent pas le parlementaire en question en raison de l'irresponsabilité consacrée à l'alinéa premier de l'article 26 de la Constitution, la CPI peut invoquer l'article 17 de son Statut et déclencher une procédure contre lui – auquel cas une demande d'arrestation et de remise sera adressée à la France. De son côté la France n'aura pas à s'adresser au Bureau de l'assemblée dont le parlementaire en question ressort, dans la mesure où il serait difficile pour elle de récuser la qualification criminelle retenue par la CPI. S'il s'agit donc bel et bien d'un « crime », l'autorisation du Bureau n'est plus requise conformément à l'article 26, alinéa 2, de la Constitution¹⁵⁷.

b. - Les règles applicables du droit international

Contrairement à d'autres conventions internationales, telles que la Convention contre le génocide de 1948, les Conventions de Genève de 1949 et celle contre la torture de 1984¹⁵⁸, le Statut de Rome ne comprend pas une disposition qui imposerait aux Etats de poursuivre et, le cas échéant, punir toute personne qui s'est rendue coupable de l'un des crimes de l'article 5 et cela en dépit de sa qualité officielle. L'article 27 du Statut exclut

¹⁵³ Article 26, alinéa 3, de la Constitution. Cette même disposition prévoit aussi la suspension « pour la durée de la session ».

¹⁵⁴ Ainsi, GENEVOIS B., « Le Conseil constitutionnel et le droit pénal international. A propos de la décision n° 98-408 DC du 22 janvier 1999 », *Revue française de droit administratif*, 1999, vol. 15, n° 2, pp. 294 et s. *Contra* SCIORTINO-BAYART St., « Jurisprudence du Conseil constitutionnel 1^{er} janvier - 31 mars 1999 », *Revue française de droit constitutionnel*, n° 38, 1999, p. 320, pour qui « par une interprétation téléologique de l'article 27, il est manifeste qu'il entend neutraliser toute procédure spéciale du droit national susceptible d'opposer à la Cour un obstacle à sa mission ».

¹⁵⁵ *Voir supra*.

¹⁵⁶ *Voir* sur ce point LUCHAIRE F., « La Cour pénale internationale et la responsabilité du chef de l'Etat devant le Conseil constitutionnel », *Revue du droit public*, vol. 115, n° 2, 1999, p. 463. *Contra* LIGNEUL N., *op. cit.*, pp. 1006 et s.

¹⁵⁷ Rappelons que le Conseil constitutionnel ne s'est pas penché sur l'alinéa 3 de l'article 26 de la Constitution dont l'application peut aussi mettre la France en porte-à-faux vis-à-vis de la CPI lorsqu'il s'agit de se conformer à ses obligations en vertu des articles 59 et 89 du Statut.

¹⁵⁸ *Voir* à cet égard FICHET-BOYLE I. et MOSSE M., *op. cit.*, p. 871 et pp. 874-876.

toute invocation d'immunité ou de privilège de juridiction devant la Cour elle-même et non devant des juridictions internes des Etats parties au Statut. Dès lors, ni l'article 27 ni encore moins le paragraphe 6 du Préambule du Statut¹⁵⁹ ne peuvent être invoqués devant une juridiction française afin d'écarter les règles internationales en matière d'immunités, sauf si de telles exceptions sont expressément prévues par des traités et par des règles du droit international coutumier.

Dans son arrêt du 13 mars 2001, rendu en l'affaire *Khadafi*, la Cour de cassation a estimé que « la coutume internationale s'oppose à ce que les chefs d'Etat en exercice puissent, en l'absence de dispositions internationales contraires s'imposant aux parties concernées, faire l'objet de poursuites devant les juridictions pénales d'un Etat étranger »¹⁶⁰. Pour la Cour de cassation, l'immunité de juridiction pénale du chef d'Etat en exercice est alors « relative », en ce que des exceptions à celle-ci peuvent être soulevées devant les juridictions françaises¹⁶¹. Ainsi, en l'espèce, la Cour de cassation a considéré que le crime dénoncé par les plaignants¹⁶², ayant trait à des actes de terrorisme, ne constituait pas une exception au principe de l'immunité de juridiction pénale dont bénéficie le chef d'Etat en exercice. Dès lors, elle admet *a contrario* que d'autres règles du droit international, de toute évidence conventionnelles¹⁶³, constituent des exceptions audit principe, sans toutefois procéder à l'identification de celles-ci. Il n'est pas alors à exclure que le crime de génocide, les crimes contre l'humanité et, éventuellement les crimes et délits de guerre, tels que prévus et définis dans l'article 5 et incorporés dans le droit interne par le truchement du projet de loi d'adaptation, forment à différents degrés des exceptions au principe de l'immunité de juridiction pénale du chef d'Etat en exercice et d'autres personnes ayant une qualité officielle ; à condition toutefois que les « parties concernées », à savoir l'Etat dont les ayant une qualité officielle ont la nationalité et l'Etat qui prétend à les poursuivre et les juger soient parties tous les deux à une convention internationale qui introduit les exceptions en question au principe de l'immunité¹⁶⁴. Cette position, nuancée, de la Cour de cassation tranche avec celle de la CIJ qui, quant à elle, demeure attachée au caractère absolu des immunités.

¹⁵⁹ Le paragraphe 6 du Préambule du Statut de la CPI a été invoqué par la Cour d'appel de Paris dans l'affaire *Khadafi* afin de justifier sur le plan juridique une exception au principe de l'immunité de juridiction pénale de chef d'Etat : Cour d'appel de Paris, chambre d'accusation, 2^{ème} section, arrêt du 20 octobre 2000, n° A 1999 0591.

¹⁶⁰ Premier attendu de l'arrêt n° 1414 du 13 mars 2001. La Cour de cassation a réaffirmé sa position en utilisant les mêmes termes dans la suivante : Cour de cassation, chambre criminelle, Audience publique du mardi 13 novembre 2001, N° de pourvoi : 01-82440, arrêt du 13 novembre 2001, *affaire X. c. Abdelaziz Bouteflika*, deuxième attendu. Elle a aussi implicitement réaffirmé le même point de vue dans une autre affaire relative à l'immunité de juridiction des Etats : Cour de cassation, chambre criminelle, Audience publique du mardi 23 novembre 2004, N° de pourvoi : 04-84265, arrêt du 23 novembre 2004, *passim*.

¹⁶¹ POIRAT F., « Immunité de juridiction pénale du chef d'Etat étranger en exercice et règle coutumière devant le juge judiciaire », *RGDIP*, vol. 105, 2001, pp. 479 et s.

¹⁶² L'association SOS Attentats et Béatrice Castelnau d'Essenault ont porté plainte avec constitution de partie civile du chef de complicité de destruction d'un bien par l'effet d'une substance explosive ayant entraîné la mort d'autrui, en relation avec une entreprise terroriste.

¹⁶³ Ainsi POIRAT F., *op. cit.*, p. 483 et p. 489, en raison de l'emploi du terme « dispositions contraires s'imposant aux parties ».

¹⁶⁴ Il en ressort qu'au regard droit international, tel qu'identifié par la Cour de cassation française, la CPI ne peut se prévaloir d'une compétence universelle qui serait contraire au droit international coutumier relatif à l'immunité de chef d'Etat. Cf. SANTULLI C., « Coutume internationale et juge national : qui peut quoi ? », *Journal du droit international*, vol. 129, n° 3, 2002, pp. 809 et s.

Dans l'affaire dite *Yerodia*, du nom de l'ancien ministre des affaires étrangères du Congo, la CIJ a estimé que le ministre des affaires étrangères « bénéficie d'une immunité de juridiction pénale et d'une inviolabilité totale à l'étranger »¹⁶⁵. Dans l'affaire de l'entraide judiciaire en matière pénale, le juge mondial a affirmé que « la règle de droit international coutumier reflétée à l'article 29 de la convention de Vienne sur les relations diplomatiques, bien que concernant les agents diplomatiques, est nécessairement applicable aux chefs d'Etat »¹⁶⁶. Toutefois, en ratifiant le Statut de la CPI ses Etats parties ont décidé de déroger, dans leurs relations entre eux, aux règles coutumières internationales relatives à l'immunité de juridiction et à l'inviolabilité personnelle de chef d'Etat, de chef de gouvernement et de ministre des affaires étrangères en exercice. En attendant donc qu'une nouvelle coutume soit formée qui introduirait des exceptions au principe de l'immunité¹⁶⁷, les juridictions françaises sont normalement tenues par les règles y relatives du droit international, telles qu'identifiées par la CIJ, à l'exception du régime de dérogation introduit par le Statut de la CPI. Les juridictions françaises ne sont pas tenues non plus par le droit international général en la matière lorsqu'il s'agira de satisfaire une demande d'arrestation et de remise de la part de la CPI dans le cadre d'une affaire portée devant elle par le Conseil de sécurité dans les mêmes conditions que celles posées par la résolution 1593 (2005) – par laquelle le Conseil a renvoyé la situation au Darfour à la CPI sur la base du chapitre VII de la Charte des Nations Unies conformément à l'article 13 b) du Statut de Rome. En effet, avec cette résolution le Conseil de sécurité a écarté l'article 98 du Statut¹⁶⁸ dans le cadre de cette situation¹⁶⁹ et, par là, il a implicitement exclu l'applicabilité du droit international général en vertu de l'article 103 de la Charte des Nations Unies.

¹⁶⁵ CIJ, *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, arrêt du 14 février 2002, par. 54. Dans le même sens l'Institut de droit international, Résolution de l'IDI du 26 août 2001, article 2, in *Annuaire de l'IDI*, 2001, p. 744.

¹⁶⁶ CIJ, *Affaire relative à certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)*, arrêt du 4 juin 2008, par. 174. La CIJ a aussi rappelé que « l'Etat qui demande à une juridiction étrangère de ne pas poursuivre, pour des raisons d'immunité, une procédure judiciaire engagée à l'encontre de ses organes, assume la responsabilité pour tout acte internationalement illicite commis par de tels organes dans ce contexte » : *ibid.*, par. 196.

¹⁶⁷ VERHOEVEN J., « Les immunités de juridiction et d'exécution », rapport provisoire 2000, IDI, session de Vancouver, volume 69, Annuaire 2001, p. 519, qui écarte l'existence d'une exception et qui soutient que « tout au plus assiste-t-on à l'émergence d'une règle dans cette direction, *ibid.* Dans le même sens, DUPUY P.-M., « Crimes et immunités, ou dans quelle mesure la nature des premiers empêche l'exercice des secondes », *RGDIP*, vol. 103, 1999, p. 293. Cf. DECAUX E., « Les gouvernants », in ASCENSIO H., DECAUX E. et PELLET A., *op. cit.*, p. 199, qui met l'accent sur la nature du crime international en cause pour écarter l'immunité.

¹⁶⁸ « La Cour ne peut poursuivre l'exécution d'une demande de remise ou d'assistance qui contraindrait l'Etat requis à agir de façon incompatible avec les obligations qui lui incombent en droit international en matière d'immunité des Etats ou d'immunité diplomatique d'une personne ou de biens d'un Etat tiers, à moins d'obtenir au préalable la coopération de cet Etat tiers en vue de la levée de l'immunité ». Le principe de l'impertinence d'une procédure spéciale de l'article 27 du Statut est ainsi remis en cause par le fait que c'est l'Etat de la personne internationalement protégée qui lève les immunités de son agent préalablement à sa poursuite par la Cour. Voir à cet égard TACHOU SIPOWO A. G., *L'acte de fonction dans la détermination de la responsabilité pénale des personnes internationalement protégées*, mémoire 3^{ème} cycle, Université de Nantes, 2008, 82 p.

¹⁶⁹ Paragraphe 2 de la résolution 1593 (2005) du Conseil de sécurité.

CONCLUSION

Si le projet de loi d'adaptation garantit globalement des rapports plutôt harmonieux entre la France et la CPI, il n'empêche que, dans certaines hypothèses, la France accorde en amont la priorité à la compétence de la CPI. Cette approche, qui n'est pas incompatible avec l'obligation d'adaptation qui découle du Statut de Rome, trouve un appui dans l'interprétation de l'article 17 opérée par la CPI elle-même : l'inaction de la part de l'Etat compétent est considérée comme une condition suffisante pour déclarer une affaire recevable. Ainsi, avec le projet d'adaptation l'inaction est en quelque sorte « institutionnalisée » en droit interne et découle de certaines « disharmonies » délibérées entre le Statut et la législation nationale. La recherche d'un équilibre entre le respect des obligations internationales, les limites posées par le droit interne - notamment le droit constitutionnel - et les considérations d'ordre politique est toujours un exercice délicat.