

Jean-François Roulot, Maître de conférences à la Faculté de droit de Dijon

Dans l'affaire de l'attentat du DC 10 de la compagnie UTA commis le 19 sept. 1989 et ayant entraîné la mort de 170 personnes, la justice française a été amenée à se prononcer à plusieurs reprises sur l'implication, dans cet acte de terrorisme, du colonel Kadhafi, chef de l'Etat libyen en exercice. Le 20 octobre dernier, la Chambre d'accusation de la Cour d'appel de Paris avait autorisé un juge à instruire contre le colonel Kadhafi.

Le Parquet avait alors présenté un pourvoi en cassation pour tenter de faire admettre qu'en l'espèce la poursuite d'un chef d'Etat étranger en exercice est contraire au droit (1). Le 13 mars 2001, la Chambre criminelle de la Cour de cassation s'est prononcée dans une décision tout à fait remarquable. Conformément au droit international, elle a conclu à l'impossibilité de poursuivre le dirigeant libyen, chef d'Etat en exercice, devant les juridictions répressives françaises du fait de son immunité. Cette dernière décision est cruciale en tant qu'elle permet de situer le droit pénal français par rapport au droit international pénal, la branche pénale du droit international public (2). En effet, jusqu'au 13 mars 2001, jamais la Cour de cassation n'avait admis la supériorité du droit international pénal sur le droit français au point, dans un premier temps, d'appliquer expressément la coutume internationale pénale concernant les immunités pour, dans un second temps, écarter en matière de terrorisme les textes prévoyant la compétence universelle.

#### I - La reconnaissance de la supériorité de la coutume internationale, règle du droit international pénal

La France est un pays de droit écrit dans lequel la place réservée à la coutume est très limitée. En matière répressive, la coutume est résiduelle pour ne pas dire quasi inexistante. En ce sens, l'art. 8 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789 soumet le principe de légalité des délits et des peines à l'existence d'un texte (3). Par ailleurs, la Constitution de 1958 ne fait aucune référence expresse à la coutume internationale. A ce titre, l'art. 55 de la Constitution prévoit que « les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois ». Quant à la jurisprudence du Conseil constitutionnel, elle s'inscrit dans cette tradition de droit écrit en délaissant la coutume internationale (4). L'arrêt rendu le 13 mars 2001 par la Chambre criminelle va rompre avec la logique du droit écrit pour appliquer une coutume non seulement internationale, mais de surcroît en matière pénale (5). Tant par son audace au regard de notre tradition de droit écrit que par sa justesse, cette décision appelle deux remarques.

Tout d'abord, la Cour de cassation a expressément voulu appliquer la coutume internationale. En effet, la Chambre criminelle aurait pu éluder le débat relatif à l'application de la coutume internationale pour conclure, conformément au droit international, qu'elle ne pouvait pas poursuivre le colonel Kadhafi. Cette question de la coutume pouvait être éludée de deux manières qui restent toutefois techniquement très discutables.

La première solution consistait à adopter une attitude qui avait déjà été la sienne dans une autre application du droit international pénal liée aux crimes contre l'humanité perpétrés par les gouvernants nazis et leurs agents. Il s'agissait de qualifier la coutume de traité international régulièrement ratifié au sens de l'art. 55 de la Constitution pour pouvoir l'appliquer en droit interne. Plus précisément, dans le cadre de l'affaire *Barbie*, la Chambre criminelle, dans un arrêt rendu le 6 oct. 1983 (6), avait estimé que la résolution de l'Assemblée générale des Nations unies du 13 févr. 1946 était un traité qui avait été régulièrement ratifié au sens de l'art. 55 de la Constitution 1958. Ainsi, la Chambre criminelle

n'avait pas expressément appliqué le droit coutumier de Nuremberg contenu dans cette résolution, mais avait requalifié cette résolution de traité alors que, d'une part, la résolution en question n'a aucune force juridique en droit international en dehors de la coutume qu'elle formule et que, d'autre part, ce « traité » n'a jamais été ratifié par une loi française. Le 13 mars 2001, la Chambre criminelle n'a donc pas souhaité requalifier la coutume de traité pour estimer ensuite qu'elle avait été ratifiée par une loi imaginaire. Cette position aurait été difficilement justifiable.

Une seconde solution aurait pu permettre à la Cour de cassation de rejeter sa compétence. Les Hauts magistrats auraient pu appliquer l'art. 689-1 c. pr. pén. (7). Ce dernier précise qu'une personne peut être poursuivie et jugée par les juridictions françaises si elle se trouve en France. Or, le colonel Kadhafi de toute évidence ne se trouve pas en France. Toutefois, si le juge de cassation avait mis en avant l'art. 689-1 c. pr. pén., comment aurait-il pu justifier techniquement la mise à l'écart de sa compétence alors que des victimes sont françaises (8) ? Cette solution aurait donc été manifestement critiquable.

Sans doute conscient des problèmes techniques liés à ces deux solutions, le juge de cassation a préféré trouver un fondement à sa décision dans le droit international coutumier.

Il reste alors à se demander, ce qui fera l'objet de la seconde remarque, comment notre droit interne, droit écrit, peut autoriser qu'une coutume internationale écarte des dispositions légales (art. 113-7 c. pén.), voire constitutionnelles (art. 8 Décl. 1789 ou, encore, art. 55 Const. 1958). En d'autres termes, il s'agit de trouver en droit français un fondement légal à l'application directe de la coutume internationale. Sachant que des dispositions constitutionnelles s'opposent à la prise en compte du droit international coutumier, il faut rechercher dans la Constitution si d'autres dispositions ne seraient pas de nature à fonder l'application de la coutume internationale.

Dans le Préambule de la Constitution, il existe deux dispositions qui permettent d'appliquer la coutume internationale en l'espèce. Il s'agit des alinéas 14 (9) et 15 (10) du Préambule de 1946. Le premier texte pourrait effectivement fonder l'application de la coutume internationale en droit interne, en l'espèce directement. Toutefois, dans la présente affaire, c'est de l'immunité dont disposent tous les chefs d'Etat en exercice dont il s'agit. Or, l'existence de cette règle en droit international public est directement issue du principe de la souveraineté. C'est en effet par respect pour la souveraineté (l'indépendance d'un Etat) que son dirigeant ne peut être poursuivi par les juridictions d'un autre Etat. Il est donc question de préserver la paix entre deux Etats afin d'éviter une guerre à caractère judiciaire. Serait-il raisonnable de faire la guerre à la Libye pour appréhender son dirigeant ? A défaut d'être raisonnable, une telle guerre serait illégale au regard notamment de la Charte des Nations unies qui préserve la paix entre les Etats (11). Ainsi, le second texte invoqué, l'alinéa 15 du Préambule de 1946, apparaît plus adéquat pour fonder l'application en l'espèce de la coutume internationale relative à l'immunité dont bénéficient les chefs d'Etat en exercice. Il s'agirait alors d'une limitation de la souveraineté française, de sa compétence juridictionnelle en matière pénale, pour organiser et défendre la paix. Cet alinéa de la Constitution permet ainsi de justifier l'application directe de la coutume internationale, et donc d'écarter les dispositions constitutionnelles et légales qui lui sont contraires.

Ainsi, l'invocation directe de la coutume internationale en matière d'immunité dont bénéficient les chefs d'Etat en exercice est, de la part de la Chambre criminelle, une parfaite application du droit tant interne qu'international. Cette invocation est d'autant plus remarquable qu'elle est contraire à notre tradition juridique. Elle n'est toutefois pas le seul aspect à souligner.

II - La nécessaire mise à l'écart de la compétence universelle en droit international pénal  
La Chambre criminelle a accepté de fonder sa décision sur une coutume du droit international pénal, à savoir, en l'espèce, l'immunité dont bénéficie un chef d'Etat en exercice. La conséquence qui résulte de l'application de cette coutume du droit international pénal est la mise à l'écart du droit pénal international, à savoir, en l'espèce, de la compétence universelle. Cette dernière est inapplicable au droit international pénal. Elle s'inscrit même en totale

opposition avec celui-ci. Il est donc nécessaire de bien préciser le sens à donner, d'une part, à la compétence universelle et, d'autre part, au droit international pénal pour montrer leur incompatibilité.

La logique de la compétence universelle tend à considérer qu'un Etat (en l'espèce, la France) est compétent pour réprimer des infractions commises à l'étranger alors que ni le criminel, ni la victime ne sont français. Ces infractions, pour lesquelles la France est universellement compétente, sont limitativement énumérées dans le code de procédure pénale par application de conventions internationales. Il en est ainsi en matière de torture (art. 689-2 c. pr. pén. (12)), de terrorisme (art. 689-3 c. pr. pén.), de protection physique des matières nucléaires (art. 689-4 c. pr. pén.), de sécurité de la navigation maritime et de sécurité des plates-formes fixes situées sur le plateau continental (art. 689-5 c. pr. pén.), de capture illicite d'aéronefs et de sécurité de l'aviation civile (art. 689-6 c. pr. pén.) et de violence dans les aéroports servant à l'aviation civile internationale (art. 689-7 c. pr. pén.). La France a ratifié ces conventions pour lutter, avec les autres pays signataires, contre cette criminalité dont le cadre dépasse les limites d'une seule frontière. L'intérêt d'unir la répression est donc évident pour rendre les poursuites plus efficaces.

Toutefois, une telle compétence ne concerne que la criminalité de particuliers, c'est-à-dire le droit pénal international. En effet, la France est libre (souveraine) de se reconnaître, avec d'autres Etats, compétence pour réprimer les crimes qui dépassent le cadre de ses frontières dans la mesure où il s'agit d'une criminalité de particuliers. Elle pourrait très bien, en admettant qu'elle en ait les moyens, se déclarer compétente avec d'autres Etats pour toutes les infractions de particuliers qui se commettent dans le monde. En revanche, elle ne peut se déclarer compétente pour connaître de crimes qui ne relèvent pas de son pouvoir souverain de répression comme c'est le cas en droit international pénal, précisément parce que le délinquant n'est plus un particulier.

Le droit international pénal appréhende la criminalité des gouvernants et de leurs agents agissant dans le cadre de prérogatives de puissance souveraine. Il n'est plus question de la criminalité commise par un particulier dépassant les limites d'une frontière. Ainsi, la distinction qui existe entre le droit international pénal et le droit pénal international est fondée sur la qualité du criminel selon qu'il est ou non un gouvernant, et non sur l'acte en lui-même (13). Cette distinction n'est pas que théorique et se justifie par les conséquences qu'elle entraîne concernant la compétence répressive.

En matière de criminalité de gouvernants, donc de droit international pénal, le crime ne porte pas atteinte à l'ordre public d'un ou de quelques Etats, mais à l'ensemble de la communauté des Etats. Il s'agit d'un exercice criminel de la souveraineté. Dans cette hypothèse, un Etat ne peut sanctionner les dirigeants et agents d'un autre Etat, fussent-ils des criminels. Un Etat ne peut en juger un autre sans méconnaître la souveraineté et porter atteinte à la paix entre Etats. S'il y a répression, par respect pour la souveraineté de la Libye (14), elle ne peut se matérialiser que de deux manières. Seuls un tribunal libyen (il ne faut guère y compter) ou une cour internationale (il reste à la créer (15)) peuvent juger Kadhafi. Mais, en aucune manière, un Etat ne peut se déclarer compétent en droit international pénal (16) et surtout pas au nom d'une compétence universelle.

Avant d'en terminer, il convient d'apporter une précision s'agissant de l'immunité des chefs d'Etat. Dans le système de répression propre au droit international pénal, l'immunité est conçue comme une protection des droits de l'Etat et non pour couvrir les criminels. L'immunité n'est pas l'impunité érigée en principe. Aussi, cette immunité n'est pas un paravent contre la justice. Elle peut céder. Il faut alors distinguer deux contextes juridiques différents selon qu'il existe ou non une action internationale. Si elle existe, comme dans l'affaire *Milosevic*, à l'époque où il était encore en exercice, l'immunité est inopposable. En effet, il ne s'agit pas de protéger une souveraineté des atteintes d'une autre souveraineté, mais de poursuivre un crime qui a porté atteinte à l'ordre public international. Dès lors, la réponse de la communauté internationale dans son ensemble écarte cette immunité. En revanche, dans l'hypothèse où il n'existe pas d'action pénale au niveau international, l'immunité constitue un barrage. Elle protège alors l'Etat des intrusions d'un autre Etat. En ce

sens, une action en France tentée contre Saddam Hussein pour ses actes perpétrés contre les Kurdes serait soumise au même sort que la présente affaire mettant en cause le dirigeant libyen. L'immunité ferait sentir tout son poids. Aussi, pour en écarter les effets, il convient de faire en sorte qu'il y ait une action internationale au niveau non des Etats pris individuellement mais de la communauté internationale dans son ensemble.

En définitive, dans la présente affaire, la Cour de cassation est manifestement consciente de la distinction qui existe entre le droit international pénal et le droit pénal international. En appliquant une coutume du droit international pénal, en l'espèce l'immunité dont bénéficient les chefs d'Etat en exercice, elle a logiquement écarté la compétence universelle qui est une règle du droit pénal international contenue dans l'art. 689-3 c. pr. pén. (17).

### **Mots clés :**

RESPONSABILITE PENALE \* Chef d'Etat étranger \* Immunité \* Attentat \* Coutume internationale

(1) En outre, on comprendrait mal comment les juridictions françaises pourraient mettre pénalement en cause le colonel Kadhafi alors que, pour le chef de l'Etat français, cette possibilité apparaît restreinte (art. 68 Const.).

(2) Le droit international pénal, branche du droit international public, ne peut être confondu avec le droit pénal international, aspect international du droit pénal interne. Le premier appréhende la criminalité des gouvernants et de leurs agents, le second tend à réprimer la criminalité de particuliers dont l'acte dépasse le cadre d'une seule frontière. V., sur cette distinction, J.-F. Roulot, La répression des crimes contre l'humanité par les juridictions criminelles en France, Rev. science crim. 1999, p. 545-562.

(3) « La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée. » La référence à l'opération de promulgation ne laisse planer aucun doute sur la forme de cette loi : il s'agit d'un texte et non d'une coutume.

(4) S'agissant de l'application de la coutume internationale en droit interne, la jurisprudence du Conseil constitutionnel apparaît « très prudente » pour ne pas dire presque méfiante. V. P.-M. Dupuy, Droit international public, 5e éd., Dalloz, 2000, p. 399-401.

(5) V., sur la coutume en droit international pénal, J.-F. Roulot, Le crime contre l'humanité, thèse, Dijon, 1998.

(6) V. D. 1984, Jur. p. 113, rapp. Le Guehec ; JCP 1983, II, n° 20107, rapp. Le Guehec, concl. Dontenwille, note Ruzie ; Gaz. Pal. 1983, 2, p. 710, rapp. Le Guehec, concl. Dontenwille ; JDI 1983, p. 779, note Edelman.

(7) « En application des conventions internationales visées aux articles suivants [pour la convention sur le terrorisme, V. art. 689-3 c. pr. pén.] 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. Les dispositions du présent article sont applicables à la tentative de ces infractions, chaque fois que celle-ci est punissable. »

(8) L'art. 113-7 c. pén. prévoit que « 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 ».

(9) « La République française, fidèle à ses traditions, se conforme aux règles du droit public international. Elle n'entreprendra aucune guerre dans des vues de conquête et n'emploiera

jamais ses forces contre la liberté d'aucun peuple. »

(10) « Sous réserve de réciprocité, la France consent aux limitations de souveraineté nécessaires à l'organisation et à la défense de la paix. »

(11) Cf., par ex., art. 1er et 2 de la Charte de San Francisco instituant l'ONU.

(12) V. notre note sous Cass. crim., 6 janv. 1998, JCP 1998, II, n° 10158. Il s'agissait d'un prêtre rwandais poursuivi en France pour sa participation au génocide. L'action était notamment fondée sur l'art. 689-2 c. pr. pén., lequel, au regard du droit international, ne pouvait être valablement invoqué. En l'espèce, était donc posé le problème de l'application de cet article en droit international pénal. Mais, avec la promulgation en cours d'affaire de la loi du 22 mai 1996, la Cour de cassation trouvait un autre fondement à la compétence des juridictions françaises et éludait ainsi le problème qui est tranché aujourd'hui dans l'affaire *Kadhafi* : la mise à l'écart de la compétence universelle en droit international pénal.

(13) Ainsi, le crime de guerre est une infraction qui, selon la qualité de son auteur (et non sa définition matérielle), relève soit du droit international pénal, soit du droit pénal international. Par exemple, l'ordre d'exécuter des prisonniers de guerre donné par un gouvernement n'a rien à voir avec le fait d'un militaire qui, de son seul chef, exécute un prisonnier de guerre. Dans l'affaire *Kadhafi*, la Cour de cassation reconnaît cette distinction avec le crime de terrorisme selon qu'il est ou non ordonné par un gouvernant, alors que l'acte matériel reste inchangé. Pour un attentat à la bombe dans un aéronef, elle aurait conclu à la compétence des juridictions françaises à l'encontre d'un particulier, alors que, pour le dirigeant libyen, elle ne peut poursuivre.

(14) En droit international pénal, il faut prendre en compte, outre les droits fondamentaux de l'accusé, ceux de l'Etat, de sa souveraineté. Il ne peut y avoir de justice au mépris de ces droits.

(15) Mais agit-on en ce sens ? Hélas non ! Il n'existe pas de cour internationale pour les crimes de terrorisme ordonnés par des gouvernants. En outre, aucun projet n'en prévoit l'instauration. Il existe sans doute en la matière un combat pour les droits de l'homme à mener sur la scène internationale afin de lutter contre une impunité difficilement acceptable.

(16) Si l'Etat ne peut se déclarer compétent en droit international pénal, il peut toutefois recevoir une compétence en la matière. Cette compétence lui est alors attribuée par la communauté internationale. Il en a été ainsi à ce jour à l'encontre des crimes de la Seconde Guerre mondiale (Décl. Moscou 1943), des crimes commis dans l'ex-Yougoslavie (Résolution 827 Cons. sécurité Nations unies) et du génocide au Rwanda (Résolution 955 Cons. sécurité Nations unies). Ainsi, dans ces trois hypothèses de délégations de compétences, les Etats peuvent poursuivre sans être limités par les règles du droit international public relatives aux immunités.

(17) De plus, il faut constater, au regard du droit international, que la compétence universelle prévue à l'art. 689-3 c. pr. pén. applique certes une convention pour la répression du terrorisme, mais qu'il s'agit d'un traité européen. La Libye ne l'a donc pas signé. Il ne lui est donc pas opposable.