

N° 455663

M. Adam Turpalovitch B...

2^{ème} et 7^{ème} chambres réunies

Séance du 5 septembre 2022

Décision du 27 septembre 2022

CONCLUSIONS

M. Philippe RANQUET, Rapporteur public

La convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés comporte une clause dite d'exclusion, au F de son article 1^{er}, aux termes duquel les dispositions de la convention ne sont pas applicables « *aux personnes dont on aura des raisons sérieuses de penser qu'elles ont commis [...] un crime contre la paix, un crime de guerre ou un crime contre l'humanité* » (a), ou bien « *un crime grave de droit commun* » (b), ou encore qu'elles « *se sont rendues coupables d'agissements contraires aux buts et aux principes des Nations Unies* » (c). L'application de cette clause est aussi l'objet de dispositions du CESEDA organisant en particulier la procédure par laquelle l'OFPRA met fin au statut de réfugié lorsqu'il apparaît que son bénéficiaire tombe en réalité dans un cas d'exclusion (dans sa numérotation actuelle, ses articles L. 511-6, L. 511-8 et L. 511-9) ; elle a donné lieu à une jurisprudence abondante. Malgré cela, votre formation de jugement éprouvera sans doute le sentiment d'être entrée il y a quelques mois dans une séquence de retour aux fondamentaux. Le 21 juin dernier, elle précisait comment doit être comprise et appliquée la notion de « *crime grave de droit commun* » figurant au b (OFPRA c/ M. Osvaldo F..., n° 447538, A). Le présent pourvoi interroge cette fois-ci celle de « *crime de guerre* » figurant au a.

1. Son auteur, M. Adam Turpalovitch B..., est de nationalité russe et d'origine tchéchène. Il a combattu au sein des forces rebelles de 1999 à l'été 2002, pendant ce qu'on désigne le plus souvent sous le nom de « *seconde guerre de Tchétchénie* » – désignation non partagée par le discours officiel de la Fédération de Russie, qui estime avoir mené une « *opération antiterroriste* » contre des groupes agissant sur et depuis le territoire de cette république autonome et contre les autorités indépendantistes qui protégeaient ces groupes. Après une phase de forte intensité culminant avec la prise de la capitale Grozny par les forces russes au début de l'année 2000, l'opération prend davantage l'aspect d'une « *contre-insurrection* » combattant des groupes toujours plus isolés, et les affrontements perdent progressivement en intensité sans qu'il soit possible d'en dater la fin de façon précise. Ils étaient loin d'être terminés quand M. B... a cessé d'y prendre part.

Il a ensuite quitté la Tchétchénie et s'est vu reconnaître en France la qualité de réfugié, en 2010. Une série d'éléments, notamment le contenu d'un mandat d'arrêt international émis à son encontre, a toutefois conduit l'OFPPRA à engager une procédure de retrait de la protection, qui s'est concentrée sur certaines de ses actions de combattant. Dans une décision du 12 août 2020, l'office retient finalement que M. B... a transporté des mines antipersonnel sur les lieux où elles étaient ensuite posées et où elles ont dû faire de nombreuses victimes civiles, qu'il a ainsi apporté une aide substantielle, en connaissance de cause, à la commission d'un crime de guerre, et qu'il aurait donc dû se voir dénier la qualité de réfugié en application du a) du F de l'article 1^{er} de la convention de 1951.

La CNDA a confirmé cette décision et M. B... se pourvoit en cassation. Il critique le raisonnement suivi par la cour à chacune de ses étapes. Loin s'en faut cependant que toutes soulèvent un même degré de difficulté.

2. Nous pensons ainsi que vous n'aurez pas de mal à écarter les moyens portant sur la première étape, l'établissement des faits.

Le pourvoi reproche d'abord à la cour d'avoir statué sans disposer de l'entier dossier de l'OFPPRA. Le moyen nous semble en tout état de cause manquer en fait. En réalité, c'est seulement au stade de la transmission entre le greffe de la cour et celui de votre 2^e chambre que, dans un premier temps, le dossier de l'OFPPRA était manquant. Cette omission a depuis lors été réparée et rien ne permet de douter que la cour aurait bien disposé de ce dossier.

Sur le fond, la critique ne porte pas sur le constat selon lequel M. B... a apporté son concours à des opérations de pose de mines, ce qu'il a reconnu dans l'un des entretiens préalables à la décision de l'office ; elle porte sur celui, certes déterminant, qu'il se soit agi de mines *antipersonnel*, et pas de mines antichar comme le requérant l'a soutenu devant la cour. Mais s'il n'a jamais employé le mot « *antipersonnel* » dans ses déclarations, la cour a estimé pouvoir déterminer la nature des mines avec un degré suffisant de vraisemblance, en croisant la description qu'il fait des opérations de combat avec la documentation publique disponible sur l'emploi massif des mines antipersonnel par les deux parties aux affrontements. Elle a portée par là une appréciation souveraine qui ne nous paraît entachée d'aucune dénaturation.

3.1. Reste à passer des faits ainsi appréciés à la caractérisation d'un comportement justifiant que s'applique la clause d'exclusion – une opération qui relève de la qualification juridique (9 novembre 2016, *OFPPRA c/ M. N...*, n° 388830, A). La cour a retenu, comme l'office, qu'avoir contribué à l'utilisation de mines antipersonnel dans le conflit constitue une complicité « *à des agissements pouvant être qualifiés de crimes de guerre* ». Cela suppose que l'on ait des raisons sérieuses de penser qu'une part de responsabilité peut être personnellement imputée à l'intéressé (voir notamment 4 décembre 2017, *OFPPRA c/ M. G...*, n° 403454, B). Dans la plupart des affaires qui mettent en jeu la clause d'exclusion, le débat s'en tient là et ne porte pas sur une question de principe de qualification pénale – ainsi, on ne discutera pas que les forces de l'Etat islamique en Irak et en Syrie aient commis des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre, on discutera de la part que l'intéressé y a prise.

La particularité de la présente affaire, c'est qu'est réellement posée, en amont, cette question de principe : l'agissement reproché entre-t-il dans la catégorie des crimes de guerres ? Dans cette deuxième étape, le pourvoi reproche à la cour un raisonnement entaché d'erreur de droit, et il soulève ainsi une difficulté beaucoup plus sérieuse.

3.2. Il faut dire que l'exercice n'est pas des plus ordinaires pour le juge administratif. Aux termes mêmes du a) du F de l'article 1^{er} de la convention, les crimes qui y sont visés doivent être entendus « *au sens des instruments internationaux élaborés pour prévoir des dispositions relatives à ces crimes* ». Comment faut-il entendre cette référence, et qu'implique-t-elle ?

Elle figure dès l'origine dans la convention de 1951, et doit empêcher que la clause d'exclusion voie son application paralysée par des divergences de définition nationale, ou par une absence de définition nationale (le code pénal français ne contient lui-même de dispositions incriminant les crimes et délits de guerre, sous cette désignation, que depuis l'intervention de la loi n° 2010-330 du 9 août 2010 portant adaptation du droit pénal à l'institution de la CPI). Mais cela pose à son tour la question du périmètre des instruments internationaux en cause, d'autant plus, en ce qui concerne les crimes de guerre, qu'aucune convention n'est spécifiquement consacrée à leur définition, par opposition par exemple à celle du 9 décembre 1948 pour la prévention et la répression du crime de génocide.

Si l'on suit la jurisprudence des tribunaux internationaux compétents pour la poursuite de ces crimes, ou la doctrine « autorisée » d'organismes internationaux tels que le HCR et le CICR, on doit retenir pour les crimes de guerre une approche par « sédimentation » d'instruments successifs, approche somme toute parallèle à celle qu'il convient de suivre pour les crimes contre l'humanité et que rappelaient les conclusions de Julien Boucher sur la décision du 14 juin 2010, *M. K...*, n° 320630, A.

Il faut partir des « *principes* » dégagés depuis le statut du tribunal de Nuremberg – ainsi, pour les crimes de guerre, il s'agit de « *violations graves des lois et coutumes de la guerre* » dont une liste assez brève et non exhaustive est ensuite donnée. Vient ensuite une strate conventionnelle. Ces « *lois et coutumes* » sont en effet codifiées dans les quatre conventions signées à Genève le 12 août 1949¹ (à ne pas confondre avec celle de 1951 ; elles sont au nombre de ces conventions auxquelles presque tous les Etats souverains sont parties, 196 à ce jour). On remarquera d'emblée qu'elles s'appliquent en cas de conflit armé entre Etats souverains mais comportent aussi des dispositions propres aux « *conflits armés non internationaux* », que les parties à ce conflit sont « *au moins* » tenues de respecter et qui prennent la forme de garanties essentielles contre les atteintes à la vie ou à la dignité pour « *les personnes qui ne participent pas directement aux hostilités* ». Enumérées à l'article 3 « *commun* » aux quatre conventions, ces garanties sont moins précises et détaillées que celles procurées par la convention sur les personnes civiles pour le cas de conflit international. La

¹ Sur les blessés et malades des forces armées sur terre ; sur les blessés et malades des forces armées sur mer ; sur les prisonniers de guerre ; sur les personnes civiles.

notion de crime de guerre pouvant être définie « en creux » par les obligations découlant des conventions, son champ s'étend donc à tout conflit armé, international ou non, mais avec un contenu matériel d'agissements répréhensibles qui peut être différent dans l'un et l'autre cas. Les conventions de Genève ont par la suite été complétées par des protocoles additionnels, notamment ceux du 8 juin 1977 où l'on distingue à nouveau les conflits internationaux (protocole I) des conflits armés non internationaux (ou CANI, protocole II).

Enfin, dernière strate, les statuts des différents tribunaux pénaux internationaux (pour l'ex-Yougoslavie, pour le Rwanda ...) puis celui de la CPI (convention de Rome du 17 juillet 1998). Ceux-ci contiennent un récapitulatif du droit que la juridiction applique. Le statut de Rome étant à la fois récent et précis, on le consulte souvent en priorité, mais il n'épuise pas la matière. En particulier, le fait que son article 8 procède par énumération apparemment *limitative* des crimes (8.2 pour les crimes de guerre), à la différence de statuts plus anciens, ne doit pas être mal interprété : c'est une question de compétence de la CPI davantage que de définition matérielle du champ des crimes de guerre.

A quelque strate qu'on se situe, ces instruments de droit international humanitaire sont marqués par une dialectique constante entre normes conventionnelles et coutume. Conventions et statuts, leurs préambules l'indiquent systématiquement, sont censés formaliser une coutume, ce qui implique qu'elle existe aussi sans eux et avant eux. Ce raisonnement permet de tenir certaines règles pour applicables y compris à des Etats qui ne sont pas (ou pas encore) partie à une convention où elles figurent. L'identification d'une coutume doit bien entendu se faire avec prudence, en particulier quand cela aboutit à incriminer des agissements : il faut qu'elle soit suffisamment établie pour que cette incrimination soit, pour leur auteur, une issue prévisible. Mais sans cela, le renvoi aux « *instruments internationaux* » dans la clause d'exclusion se trouverait vidé de sa portée à chaque fois que l'on a affaire à un ressortissant d'un Etat non partie aux conventions, ou à des faits qui se sont produits sur son territoire.

3.3. En l'espèce, comment la CNDA a-t-elle mobilisé ces instruments ?

Commençant par se référer de manière expresse à l'article 8.2 du statut de la CPI, la décision ne constate toutefois que ce statut est muet sur l'emploi des mines antipersonnel. Mais elle prend appui alors sur le protocole additionnel I aux conventions de Genève. Son article 35.2 stipule qu'il est « *interdit d'employer des armes, des projectiles et des matières ainsi que des méthodes de guerre de nature à causer des maux superflus* ». Des stipulations que la cour rapproche alors des considérations qui ont conduit à la signature, le 18 septembre 1997, de la convention dite d'Ottawa sur l'interdiction de l'emploi, du stockage, de la production et du transfert des mines antipersonnel et sur leur destruction – à savoir qu'il s'agit d'armes qui, par nature, tuent et mutilent de manière indiscriminée y compris longtemps après la fin d'un conflit. La cour en déduit que ces armes entrent dans les prévisions de l'article 35.2 et qu'elles sont « *interdites par le droit international humanitaire* », donc que leur emploi dans un conflit constitue en lui-même un crime de guerre.

4.1. A cette démonstration, le pourvoi oppose deux objections. Elles s'avèrent délicates.

La première est que le protocole I de 1977, comme nous l'avons indiqué, ne concerne que les « *conflits armés internationaux* » et pas les CANI. Or il n'est pas douteux que la « *seconde guerre de Tchétchénie* » n'est pas un affrontement entre Etats souverains, les autorités indépendantistes n'ayant jamais reçu de reconnaissance internationale. Si l'on retient la présentation qu'en fait la Fédération de Russie et que nous avons mentionnée, ce n'est pas même un conflit armé mais plutôt un état de « *troubles et tensions internes* » qui ne relève pas des instruments relatifs au droit de la guerre. Mais elle ne lie pas votre appréciation. Si l'on se réfère aux critères retenus par les tribunaux internationaux, notamment le TPIY, à savoir un degré suffisant d'intensité des violences et d'organisation des combattants non-étatiques, on a bien affaire à un CANI. Le protocole II de 1977 ajoute à ces critères celui d'un certain « *contrôle* » du territoire par les forces non-étatiques : il n'a sans doute pas été rempli pendant toute la durée du conflit, mais l'était au moins au début. Nous ne voyons en tout cas pas de raison de remettre en cause la qualification de CANI, qui n'est contestée par aucune des parties au présent litige.

Certes, nous l'avons dit, des crimes de guerre peuvent être commis indifféremment dans tous les conflits armés, qu'ils soient internationaux ou non. Mais ce constat, auquel l'OFPRA borne sa défense, ne suffit pas. Rien n'impose par principe que les « *lois et coutumes de la guerre* » soient exactement les mêmes dans les deux cas. Si l'on s'en tient au contenu formel des protocoles de 1977, le protocole II, qui s'applique ici, ne contient aucune disposition équivalente à l'article 35 du protocole I.

4.2. Autre objection, le droit international ne connaît aucune interdiction générale de l'emploi des mines antipersonnel. Cette interdiction générale est assurément l'objectif que se sont fixé les parties à la convention d'Ottawa de 1997, dont la France. Ces Etats parties sont nombreux (164 selon le site du CICR) mais ce n'est pas la quasi-unanimité des conventions de Genève, et trois membres du Conseil de sécurité de l'ONU manquent à l'appel, les EU, la Chine, la Russie – l'Etat dont M. B... est ressortissant et sur le territoire duquel les faits se sont déroulés.

On ne saurait donc se référer qu'à un autre instrument qui limite l'emploi de ces mines plutôt que de l'interdire. Il s'agit du protocole II de la convention du 10 octobre 1980 interdisant ou limitant l'emploi de certaines armes classiques (dite convention « CAC »). Il proscrie l'emploi des mines antipersonnel dans des actions visant délibérément les civils, à des emplacements où on peut s'attendre à ce qu'elles causent des dommages aux civils « *qui seraient excessifs par rapport à l'avantage militaire concret et direct attendu* » ; il demande en outre aux combattants de signaler les champs de mines et d'enregistrer les emplacements pour faciliter le déminage dès la fin des hostilités. Encore le requérant fait-il valoir que le champ d'application initial de la convention CAC et de ses protocoles était limité aux conflits internationaux. Il a été étendu aux CANI par un amendement du 21 décembre 2001, que la Russie n'a toutefois ratifié qu'en 2007.

5.1. Au terme de ces développements, il nous paraît difficile de laisser subsister la décision attaquée en l'état, alors que deux jalons essentiels de son raisonnement paraissent bien entachés d'erreur de droit. L'OFPRA fait valoir en défense qu'à supposer que la qualification de crime de guerre ne puisse être retenue, celle de crime grave de droit commun s'imposerait, mais c'est une substitution qui ne peut se faire sans porter d'appréciation et qui est donc hors de la portée de votre office en cassation.

5.2. Nous hésitons toutefois à vous proposer une censure « sèche » des erreurs telles qu'elles sont identifiées par le pourvoi. En effet, le raisonnement qu'a suivi la cour revient à donner à un instrument conventionnel du droit international humanitaire une portée ou un champ qui en excède les termes, or dans son principe, un tel raisonnement se conçoit et même, oserons-nous dire, peut s'imposer. Cela s'explique par la place dans cet édifice des règles coutumières. Quand le juge national doit se prononcer sur l'application de la clause d'exclusion du a) du F de l'article 1^{er} de la convention de 1951, avec son renvoi aux instruments internationaux, il nous semble que se référer y compris à ces règles coutumières entre dans son office, quelque inhabituel que soit pour lui l'exercice consistant à les identifier.

Or si on le replace dans cette perspective, le raisonnement de la cour est moins radicalement fautif qu'à première vue. Le CICR, notamment, est d'avis qu'il faut regarder la règle formalisée à l'article 35 du protocole I de 1977, l'interdiction des méthodes de guerre « *de nature à causer des maux superflus* », comme une règle coutumière qui, en cette qualité, vaut aussi pour les CANI, en dépit du silence des instruments conventionnels². Il fonde cette opinion sur un faisceau d'éléments concordants : la genèse du protocole II applicable aux CANI, qui comportait une disposition similaire à l'article 35 du protocole I à l'état de projet, d'où elle a été finalement été enlevée mais sans qu'aucun Etat partie n'ait, au cours des négociations, exprimé d'opposition sur le fond ; la modification de la convention CAC en 2001 pour étendre son champ aux CANI, qui a été entre autres justifiée par cette règle ; enfin, la jurisprudence des tribunaux internationaux, qui se sont fondés sur elle en l'estimant applicable indistinctement à tous les conflits armés (notamment le TPIY, voir 2 octobre 1995, *Duško Tadić*, IT-94-1).

Nous nous avouons, pour notre part, convaincus par ces éléments. Et pour donner un contenu concret à cette règle en ce qui concerne les mines antipersonnel, il nous semble qu'on ne peut ignorer qu'elles sont à tout le moins soumises à restriction dans leur emploi, par le protocole II de la convention CAC. L'extension de ce protocole aux CANI s'étant elle-même faite sous le pavillon d'une règle coutumière, il nous semble en outre qu'il ne faut pas s'arrêter à l'objection tirée de ce qu'au moment où il est reproché à M. B... d'avoir posé des mines, la Russie n'avait pas encore ratifié cette modification de la convention.

En revanche, il est clair que ce raisonnement ne peut pas aller jusqu'à englober dans les règles coutumières l'interdiction générale des mines antipersonnel – c'est d'ailleurs là aussi la position du CICR³. La convention d'Ottawa, d'ailleurs, ne prétend nullement traduire sur ce

² Voir le *Manuel de droit humanitaire coutumier* qu'il a fait publier au terme d'une étude en 2006, règle n° 70.

point une coutume existante : on peut tout au plus estimer qu'elle vise, à mesure qu'elle sera ratifiée par de plus en plus d'Etats, à en créer une pour l'avenir.

5.3. Vous pourriez ainsi faire l'effort de lire la décision attaquée de la CNDA comme fondée non sur l'article 35 du protocole I pris en lui-même, mais sur la règle coutumière qu'il traduit. Cela ne conduit toutefois pas à « sauver » la décision, puisqu'elle retient ensuite la seule circonstance d'avoir contribué à l'emploi d'armes interdites pour caractériser le crime de guerre. Il aurait fallu que la cour se prononce en outre sur leurs conditions d'utilisation et recherche si elles traduisent l'exercice d'une violence indiscriminée impliquant nécessairement des atteintes graves à la vie et à l'intégrité physique de civils.

Si vous nous avez suivis jusqu'ici, vous pourrez à tout le moins préférer annuler la décision pour ce motif précis, et ainsi éclairer la cour sur l'office qui lui échoit au stade du renvoi.

6. Nous ne mentionnerons enfin les derniers moyens du pourvoi que pour faire reste de droit. Ils portent sur la troisième et dernière étape, celle consistant à établir la responsabilité personnelle de l'intéressé. La cour ne nous paraît au demeurant pas s'être méprise à cette étape, une fois admise la définition qu'elle a donnée du crime de guerre. Contrairement à ce qui est soutenu, elle pouvait alors se fonder sur la connaissance que M. B... avait des risques que les mines étaient susceptibles de faire courir aux civils pour retenir sa complicité. Et en ce qui concerne les causes possibles d'exonération de responsabilité, on ne peut lui reprocher d'avoir seulement retenu que M. B... n'avait subi aucune contrainte et d'avoir ignoré la question de l'obéissance qu'il devait à la chaîne hiérarchique dans laquelle il se trouvait. Cette question ne se pose que pour cela qui a l'obligation légale d'exécuter des ordres, et il nous semble que la cour y a suffisamment répondu en relevant que M. B... était un combattant volontaire.

Mais il conviendra de toute façon de réexaminer ces points à la lumière de la définition correcte des agissements susceptibles, ici, d'être qualifiés de crimes de guerre.

PCMNC :

- A l'annulation de la décision attaquée de la CNDA ;
- Au renvoi de l'affaire à la CNDA ;
- Et à ce que l'OFPPRA verse à M. B... la somme de 1 500 € au titre de l'article L. 761-1 du CJA.

³ Voir le même manuel, règle n° 81.