

N° 415046

M. S...

2^{ème} et 7^{ème} chambres réunies

Séance du 4 juin 2018

Lecture du 18 juin 2018

CONCLUSIONS

M. Guillaume ODINET, rapporteur public

De la proclamation d'indépendance de la Bosnie-Herzégovine le 3 mars 1992 à la conclusion, trois ans et demi plus tard, des accords de Dayton, la guerre de Bosnie-Herzégovine, qui a opposé des forces bosniaques, croates et serbes, a donné lieu, vous le savez, à des épisodes d'une rare violence, incluant la perpétration de crimes atroces. Au nombre de ces moments tragiques figurent les massacres de Višegrad, meurtres massifs des civils bosniaques de cette ville située à une centaine de kilomètres à l'est de Sarajevo. Les événements de la rue Pionirska, dont le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY) a déjà eu à connaître¹, en sont un des épisodes.

Selon ce qu'a retenu le Tribunal et ce qui vous est présenté au dossier, à la mi-juin 1992, soixante à soixante-dix musulmans des environs de Višegrad, qui avaient été contraints par des serbes de quitter leurs habitations mais n'avaient pu être éloignés en bus, furent rassemblés dans une maison de la rue Pionirska, où ils durent, sous la contrainte, remettre leurs objets de valeur. Après avoir été séparées des hommes, les femmes furent intégralement fouillées. Certaines furent violées. Puis l'ensemble du groupe fut déplacé dans une seconde maison. Il fut entassé et enfermé dans une même pièce. La maison fut alors incendiée et des grenades lancées dans la pièce occupée, tandis que, de l'extérieur, l'on tirait sur ceux qui tentaient de s'échapper. Cinq personnes y parvinrent néanmoins. Au moins cinquante-neuf autres, âgées de deux à soixante-quinze ans, périrent.

C'est pour avoir participé à la commission de ces faits que M. S... a fait l'objet, de la part des autorités de Bosnie-Herzégovine, d'une demande d'extradition le 15 mai 2014, sur le fondement d'un mandat d'arrêt et d'une ordonnance d'incarcération, aux fins de poursuites pour crimes contre l'humanité. La chambre de l'instruction de la cour d'appel de Paris, après avoir ordonné deux suppléments d'instruction, a donné un avis favorable à cette demande d'extradition par arrêt du 13 avril 2016. La chambre criminelle de la Cour de cassation a, par un arrêt du 12 juillet 2016, rejeté le pourvoi formé par M. S... L'extradition a été accordée par un décret du 19 juin 2017, dont l'intéressé vous demande l'annulation pour excès de pouvoir.

Outre un moyen qui manque en fait, tiré de ce que le décret ne porterait pas les signatures du Premier ministre et du Garde des sceaux, M. S... soulève un moyen tiré de ce que le décret méconnaît le principe de légalité des délits et des peines et le principe de non-rétroactivité de la loi pénale, dès lors qu'il prévoit son extradition à des fins de poursuite, pour des faits datant

¹ V. not. Jugement du 20 juillet 2009, Procureur c. Milan Lukić et Sredoje Lukić (n° IT-98-32/1-T).

de 1992, sur le fondement de dispositions du code pénal de Bosnie-Herzégovine réprimant le crime contre l'humanité entrées en vigueur le 1^{er} mars 2003.

L'examen de ce moyen suppose d'apporter quelques précisions sur le droit, avant d'en venir aux particularités de l'espèce.

1. En droit, ni le principe de légalité ni le principe de non-rétroactivité ne sont énoncés, en tant que tels, par la convention européenne d'extradition (à laquelle la Bosnie-Herzégovine est partie), dont l'article 2 prévoit simplement, en son paragraphe 1, que « Donneront lieu à extradition les faits punis par les lois de la Partie requérante et de la Partie requise d'une peine privative de liberté ou d'une mesure de sûreté privative de liberté d'un maximum d'au moins un an ou d'une peine plus sévère » – c'est la règle dite de double incrimination (qui contient aussi une condition de peine).

Il nous semble toutefois, d'une part, que cette règle doit être interprétée conformément aux principes de légalité des délits et des peines, de nécessité des peines et de non-rétroactivité de la loi pénale, d'autre part, qu'il vous appartient, au-delà de cette règle, d'assurer le respect des exigences résultant de ces principes.

Comme vous le savez, en matière d'extradition, vous n'avez jamais regardé les stipulations d'une convention d'extradition comme faisant écran devant des principes supérieurs, qu'ils résultent de l'ordre public français (v. not. Section 27 février 1987, F..., n° 78665, Rec. p. 81), des principes généraux du droit de l'extradition (v. not. Assemblée, 26 septembre 1984, G..., n° 62847, Rec. p. 308), d'engagements internationaux de la France, tels la Convention EDH (v. not. 22 mars 1995, L..., n° 160749, T. p. 840) ou la convention contre la torture (v. 15 février 1999, C..., n° 196667, T. pp. 602-830), ou encore qu'ils aient un caractère constitutionnel (c'est votre arrêt d'Assemblée Koné du 3 juillet 1996, n° 169219, Rec. p. 255)². Ainsi exercez-vous traditionnellement, sur l'un ou l'autre de ces fondements, un contrôle du respect, par les décrets d'extradition, des principes fondamentaux du droit pénal et de la procédure pénale.

Or le principe de légalité des délits et des peines et le principe de non-rétroactivité de la loi pénale, qui découlent directement, l'un et l'autre, de l'article 8 de la Déclaration de 1789³, sont assurément au nombre de ces principes fondamentaux, tout comme le principe d'application immédiate de la loi pénale plus douce, que le Conseil constitutionnel rattache au principe de nécessité des peines, lequel découle du même article 8 (v. Cons. Const., 20 janvier 1981, n° 80-127 DC ; Cons. Const., 3 décembre 2010, n° 2010-74 QPC).

Assez naturellement, vous avez donc jugé, par une décision R... du 18 décembre 2000 (n° 215357, Rec. p. 599), que la règle de double incrimination impose de vérifier que les faits reprochés à la personne réclamée correspondent à la fois à une infraction réprimée par le droit du pays réclamant et à une infraction réprimée en droit français à la date à laquelle ces faits ont été commis⁴ – ce qui résulte des principes de légalité et de non-rétroactivité – mais aussi à la date à laquelle le juge statue – ce qui résulte du principe de rétroactivité *in mitius*. Par ailleurs, vous avez admis l'opérance du moyen tiré de ce que la demande d'extradition serait

² V., pour un panorama sur cette question, les chroniques de vos commentateurs autorisés à l'AJDA 1996.722 et à l'AJDA 2017.521.

³ V. not., respectivement, Cons. Const., 20 janvier 1981, n° 80-127 DC et Cons. Const., 31 décembre 1980, n° 80-126 DC.

⁴ Ce dont vous assuriez déjà le contrôle (v. not. Assemblée, 26 septembre 1984, Lujambio Galdeano, n° 62847, Rec. p. 308).

fondée sur une loi pénale rétroactive, en méconnaissance de l'ordre public français (v. not. Assemblée, 7 juillet 1978, T..., n° 10079, Rec. p. 292 ; 7 février 2003, Z..., n° 248086, inédite au Recueil). Tout comme vous avez admis l'opérance d'un moyen tiré de la méconnaissance de l'article 7 de la Convention EDH, qui interdit, d'une part, la condamnation pour des faits qui, au moment où ils ont été commis, ne constituaient pas une infraction d'après le droit national ou international, d'autre part, l'application d'une peine plus sévère que celle qui était applicable au moment de la commission de l'infraction (v. 25 novembre 2015, Mme I..., n° 388765, inédite au Recueil).

Trois conclusions nous paraissent ainsi pouvoir être tirées de cet ensemble jurisprudentiel. La première est que la règle de double incrimination doit être lue à la lumière des principes de légalité des délits et de non-rétroactivité de la loi pénale. C'est certainement la conclusion plus évidente : l'exigence d'incrimination des faits s'apprécie au premier chef à la date où ils ont été commis.

La deuxième conclusion, qui résulte directement de votre décision R..., n° 215357, est que cette règle de double incrimination intègre par ailleurs, au moins dans une certaine mesure, l'exigence d'application immédiate de la loi pénale plus douce. Mais précisément, il n'est pas tout-à-fait évident de définir la mesure exacte dans laquelle elle l'intègre. Car les conditions d'application du principe de rétroactivité *in mitius* soulèvent certaines difficultés. Il est certain – et vous l'avez jugé – que lorsque les faits ne sont plus incriminés, ils ne peuvent plus donner lieu à extradition. Il est tout aussi certain à nos yeux que lorsque la loi pénale a atténué la peine encourue pour la même infraction, l'Etat requérant ne peut prétendre obtenir l'extradition pour appliquer une peine supérieure à la peine nouvelle – c'est le cœur du principe de rétroactivité *in mitius*, qui découle de la nécessité des peines ; il en résulte, à l'extrême, que lorsque la peine nouvelle est inférieure au seuil fixé par la convention européenne d'extradition, l'extradition n'est plus légalement possible.

Plus délicate en revanche est la question de savoir si le principe exige, pour que soit accordée une extradition, que l'Etat requérant fasse pleinement application de la jurisprudence de la Cour de cassation, sur laquelle la vôtre s'est alignée (v. Assemblée, 4 juillet 2011, Elections régionales d'Ile-de-France, n°s 338033, 338199, Rec. p. 317), et qui conduit, non seulement à appliquer rétroactivement et les dispositions plus douces relatives aux peines et celles relatives aux incriminations, mais encore, lorsque cela est possible⁵, à diviser les régimes pénaux successifs pour appliquer de façon combinée les dispositions les plus douces des uns et des autres (v. not., dans la jurisprudence de la Cour de cassation, Crim., 2 juin 1981, n° 81.92-409, Bull. crim. n° 184 ; Crim., 4 juin 1996, n° 94.84-405, Bull. crim. n° 231 ; Crim., 9 septembre 2008, n° 07-87.900, Bull. crim. n° 181 ; et, en ce qui vous concerne, la décision d'Assemblée précitée). En effet, il ne nous paraît pas certain que cette méthode d'application du principe de rétroactivité *in mitius* relève de l'ordre public français, ni, *a fortiori*, des principes généraux du droit de l'extradition.

Nous notons, certes, que le Conseil constitutionnel a pu lui donner un début d'assise constitutionnelle, en faisant application du principe de rétroactivité *in mitius* à un texte d'incrimination (c'est sa décision précitée du 3 décembre 2010). Il a cependant réservé, de façon assez large, les hypothèses dans lesquelles la répression plus sévère antérieure était « inhérente aux règles auxquelles la loi nouvelle s'est substituée », ce qui atténue l'application du principe aux textes d'incrimination. En l'état de sa jurisprudence, le Conseil

⁵ V., sur le principe de la recherche du caractère divisible, Crim., 6 mai 1942, Desroziers, Grands arrêts du droit pénal général, 10^e éd., n° 11.

constitutionnel ne nous paraît donc pas déduire directement de la Déclaration de 1789 une exigence aussi raffinée que celle posée par la jurisprudence administrative et judiciaire ; et l'exigence qu'il déduit de la Déclaration nous paraît toujours centrée sur la peine.

Ajoutons que le principe de rétroactivité *in mitius* n'est pas consacré par la Convention EDH ; si la CEDH l'a déduit implicitement de l'article 7§1 (CEDH, Grande chambre, 17 septembre 2009, Scoppola c. Italie (n° 2), n° 10249/03), elle le définit uniquement comme imposant au juge, en cas de modification de la loi pénale, d'appliquer les dispositions les plus favorables au prévenu, sans définir strictement les modalités d'appréciation du caractère plus favorable des dispositions. Et la Cour a paru se satisfaire de lois nationales prévoyant l'application rétroactive des seules dispositions relatives aux peines (v. 18 mars 2014, Öcalan c. Turquie (n° 2), n°s 24069/03 197/04 6201/06 10464/07), ou de ces dispositions et de celles abrogeant une incrimination (v. 12 janvier 2016, Gouarré Patte c. Andorre, n° 33427/10). Quant à la Cour de justice de l'Union, qui a fait du principe de rétroactivité de la loi pénale plus douce un principe général du droit communautaire, elle en limite l'application aux dispositions relatives aux peines (v. CJCE, 3 mai 2005, Silvio Berlusconi et autres, aff. n° C-387/02 ; CJCE, 8 mars 2007, Campina GmbH & Co, aff. n° C-45/06), ce qu'a repris la Charte des droits fondamentaux (art. 49, §1), et ce qui correspond à la portée donnée au principe par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966 (art. 15, §1).

Au regard de l'ensemble de ces éléments, nous ne sommes pas convaincu que l'ordre public français ou les principes généraux du droit de l'extradition imposeraient au Gouvernement de refuser l'extradition vers un Etat qui n'appliquerait pas, en l'espèce, un texte d'incrimination nouveau plus doux, ni, *a fortiori*, qu'ils lui imposeraient de refuser l'extradition vers un Etat déterminant par une appréciation globale, sans examen de divisibilité, le texte d'incrimination le plus doux devant être appliqué.

Vous pourrez cependant réserver cette intéressante question car, bien qu'elle soit susceptible de se poser en l'espèce, elle ne fait l'objet d'aucun moyen.

La troisième conclusion que nous tirons de votre jurisprudence est qu'il appartient au Gouvernement de s'assurer du respect, par l'Etat requérant, des principes de légalité des délits et des peines et de non-rétroactivité de la loi pénale plus sévère. Cet examen est, pour partie, englobé dans la vérification du respect de la règle de double incrimination. Mais il ne l'est pas totalement ; car il ne faut pas seulement que les faits aient été incriminés à la date à laquelle ils ont été commis, il faut encore qu'il ne ressorte pas de la demande d'extradition que l'Etat requérant aurait l'intention d'appliquer à ces faits une loi postérieure plus sévère, ou de faire exécuter une condamnation prononcée sur le fondement d'une telle loi.

2. Ces précisions étant faites, nous pouvons en venir aux particularités de l'espèce. Le mandat d'arrêt et l'ordonnance de mise en détention sur lesquelles repose la demande d'extradition de M. S... sont fondés sur l'article 172 du code pénal de Bosnie-Herzégovine qui, sous l'intitulé de « crimes contre l'humanité », punit d'une peine allant de dix à quarante-cinq ans quiconque, dans le cadre d'une attaque vaste ou systématique dirigée contre toute population civile, en ayant connaissance de cette attaque, commet l'un quelconque des faits qu'il énumère et qui comprennent notamment le meurtre, l'extermination, l'emprisonnement, la torture, le viol, les persécutions pour des motifs d'ordre politique, racial, national, ethnique, culturel, religieux ou sexiste et les autres actes inhumains qui causent intentionnellement une grande souffrance ou un préjudice grave au corps ou à la santé physique ou mentale.

Ce code, toutefois, est entré en vigueur, comme nous vous le disions, le 1^{er} mars 2003. C'est notamment ce qui a conduit la chambre de l'instruction de la cour d'appel de Paris à ordonner deux suppléments d'instruction.

Dans les compléments d'information qu'elles ont apportés en réponse, les autorités de l'Etat requérant ont alors fourni une double explication. D'une part, elles ont fait valoir que l'article 4 du code pénal de 2003 prévoit que la loi applicable à l'infraction est celle en vigueur au moment de la commission de l'infraction, sauf si une loi postérieure lui est plus favorable. Et elles ont précisé qu'à la date des faits qu'elles entendent réprimer, c'est le code pénal de la République fédérative socialiste de Yougoslavie, datant de 1977, qui était applicable. Le chapitre 16 de ce code, intitulé « crimes contre l'humanité et le droit international » comportait alors, en particulier, un article 141 incriminant le génocide et un article 142, intitulé « crimes de guerre contre la population civile », punissant d'une peine allant de cinq à vingt ans de prison quiconque aurait, en violation des règles du droit international applicables en temps de guerre, de conflit armé ou d'occupation, notamment, ordonné une attaque aveugle touchant la population civile, des actes d'homicide, de torture, des traitements inhumains, l'expulsion ou le déplacement, le viol, des mesures visant à causer la crainte et la terreur, des confiscations de biens ou le pillage des biens de la population. Aucune disposition, cependant, ne définissait ni n'incriminait séparément les crimes contre l'humanité.

D'autre part, les autorités bosniennes ont indiqué que la responsabilité pénale pour crime contre l'humanité représente un standard impératif du droit international, ou *jus cogens*, et que les crimes contre l'humanité faisaient partie, en 1992, des principes du droit international coutumier. Elles ont ajouté que l'article 4 a) du code pénal actuel de Bosnie-Herzégovine prévoit que les articles 3 et 4, relatifs à la présomption d'innocence et à l'application de la loi pénale dans le temps, ne font pas obstacle à la poursuite et à la condamnation de toute personne pour des faits qui, au moment où ils ont été commis, constituaient « une infraction conformément aux principes généraux du droit international ».

Au vu de l'ensemble de ces éléments, le moyen qui vous est soumis nous paraît présenter une question aisée et une question délicate.

2.1. La question aisée est celle du respect de la règle de double incrimination. En effet, il est manifeste que les faits pour lesquels M. S... est poursuivi étaient incriminés, à la date à laquelle ils ont été commis, par l'article 142 du code pénal d'ex-Yougoslavie, et demeurent incriminés par l'article 172 du code pénal de Bosnie-Herzégovine. La circonstance que deux articles portent des intitulés distincts – crimes de guerre contre la population civile, pour le premier, crimes contre l'humanité, pour le second – nous paraît indifférente au regard de cette règle, même interprétée à la lumière du principe de légalité des délits. Car elle exige seulement que les faits aient été incriminés à la date où ils ont été commis ; et si le principe de rétroactivité *in mitius* exige que les faits demeurent incriminés aujourd'hui, il n'exige en rien que leur qualification soit restée identique.

Quant à l'incrimination des faits en droit français, elle n'est pas contestée.

2.2. Reste que, nous vous le disions, le constat du respect de la règle de double incrimination n'épuise pas la question du respect des principes de légalité et de non-rétroactivité de la loi pénale plus sévère. C'est ici que se présente la question délicate ; car, conformément à la demande des autorités bosniennes, le décret attaqué accorde l'extradition de M. S... pour des faits qualifiés de crimes contre l'humanité. Ce qui conduit l'intéressé à soutenir que

l'extradition est accordée en vue de l'application d'une disposition pénale rétroactive, les crimes contre l'humanité n'étant incriminés que depuis 2003.

Précisons pour ne plus y revenir qu'il nous semble que vous ne pouvez pas vous en remettre, purement et simplement, aux autorités judiciaires bosniennes pour faire application de la loi en vigueur à la date des faits poursuivis. Car ce serait alors renoncer à tout contrôle du respect du principe de non-rétroactivité de la loi pénale, et ainsi revenir sur la jurisprudence que nous vous présentions.

Ceci étant dit, il nous semble que quatre voies s'ouvrent devant vous pour répondre à ce moyen.

2.2.1. La première voie est celle qu'a empruntée la Cour de cassation pour rejeter le pourvoi de M. S... contre l'avis favorable rendu par la chambre de l'instruction de la cour d'appel de Paris. Elle consiste à juger que, pour reprendre les termes de la chambre criminelle, « l'incrimination de crime contre l'humanité était définie précisément dans la législation de l'Etat requérant par les articles 141 et 142 du code pénal de la république fédérative de Yougoslavie (...) ». Et à en déduire que, dès lors que le crime contre l'humanité était déjà incriminé à la date des faits et donc que l'article 172 du code pénal actuel de Bosnie-Herzégovine n'est en quelque sorte que la reprise des dispositions du code pénal de l'ex-Yougoslavie, l'extradition pouvait être accordée pour des faits qualifiés de crime contre l'humanité sans impliquer l'application rétroactive d'une loi pénale. Ce qui peut être conforté par la règle d'application dans le temps de la loi pénale qui résulte du code pénal actuel de Bosnie-Herzégovine.

Cette solution présente une double difficulté. D'abord, elle suppose un réel effort de lecture du code pénal de l'ex-Yougoslavie, dont les articles 141 et 142 portaient, nous vous le disions, les titres « génocide » et « crimes de guerre contre les populations civiles », et dont aucun article ne comportait de titre « crime contre l'humanité ». Cet effort est d'autant plus malaisé que le code de 2003 comporte toujours deux articles réprimant respectivement le génocide (l'article 171) et les crimes de guerre contre la population civile (l'article 173), qui font directement écho aux articles 141 et 142 de l'ancien code, et entre lesquels est venu s'ajouter un article propre aux crimes contre l'humanité (l'article 172), qui incrimine les attaques vastes ou systématiques contre toute population civile.

Cette première difficulté n'est pas complètement insurmontable. D'une part, comme nous vous l'avons dit, les crimes définis aux articles 141 et 142 n'étaient qualifiés que par les titres de ces articles, qui étaient rassemblés dans le chapitre 16 du code pénal, lequel s'intitulait « crimes contre l'humanité et le droit international ». Ainsi, de la même manière que les titres des articles 141 et 142 qualifient les agissements qu'ils incriminent de génocide et de crimes de guerre contre la population civile, le titre du chapitre qualifie lui-même ces crimes de crimes contre l'humanité et le droit international. C'est peu ou prou le raisonnement tenu par la chambre de l'instruction de la cour d'appel de Paris, qui s'est attachée à la qualification par les titres ; et c'est ce qu'exposaient les autorités bosniennes en réponse au supplément d'instruction ordonné par cette cour.

D'autre part, nous notons que, si l'on ignore les qualifications par les titres pour s'attacher uniquement au contenu des articles 141 et 142, les comportements qu'ils incriminent correspondent dans une large mesure à la définition des crimes contre l'humanité résultant de

l'article 6, c) de la Charte du Tribunal de Nuremberg ou à celle posée par l'article 5 du statut du TPIY⁶.

La seconde difficulté à laquelle cette solution fait face résulte de ce que la Cour européenne des droits de l'homme, dans une décision de section sur la recevabilité du 10 avril 2012 (*Šimšić c. Bosnie-Herzégovine*, n° 51552/10), dont la teneur a été reprise dans un arrêt de Grande chambre du 18 juillet 2013 (*Maktouf et Damjanović c. Bosnie-Herzégovine*, n°s 2312/08 et 34179/08), a jugé pour sa part que les crimes contre l'humanité ne constituaient pas des infractions d'après le droit national pendant la guerre de 1992-1995 et n'avaient été prévus dans le droit national qu'en 2003. Rien ne vous interdit cependant de vous écarter, comme la Cour de cassation, de l'interprétation ainsi retenue.

2.2.2. La deuxième voie qui s'ouvre à vous pour répondre au moyen consiste à demeurer en retrait de l'affirmation de la Cour de cassation et à donner plus de poids aux éléments figurant dans les compléments d'informations fournis par les autorités bosniennes. Elle revient à se fonder sur le constat que celles-ci ont indiqué, d'une part, que les faits reprochés à M. S... relevaient de l'article 142 du code pénal de l'ex-Yougoslavie, d'autre part, que la loi pénale applicable était celle en vigueur à la date des faits, sous réserve d'une loi plus favorable, pour déduire de ce constat que l'Etat requérant entend bien faire application des dispositions en vigueur à la date des faits qu'il poursuit – quelle que soit la qualification qu'elles impliquent – sous réserve d'une loi pénale plus douce.

Cette solution suppose, vous l'aurez compris, un effort de lecture des compléments d'information présentés par les autorités bosniennes et du décret attaqué. Car aucun acte fourni par l'Etat requérant ne vient changer, sinon la qualification, du moins le fondement textuel de la demande d'extradition ; et le décret n'apporte aucune garantie sur ce point, puisqu'il accorde l'extradition pour les faits tels qu'ils avaient été initialement qualifiés.

Or vous déduisez des principes généraux du droit de l'extradition qu'il n'appartient pas aux autorités françaises, lorsqu'elles se prononcent sur une demande d'extradition, de vérifier si les faits ont reçu, de la part des autorités de l'Etat réclamant, une exacte qualification juridique au regard de la loi pénale de cet Etat (24 mai 1985, Y..., n° 65207, Rec. p. 160). Cette règle trouve principalement à s'appliquer dans l'hypothèse où l'intéressé conteste la qualification retenue par l'Etat requérant. Mais il nous semble qu'elle doit aussi jouer, en sens inverse, lorsqu'il s'en prévaut ; car il n'appartient pas aux autorités françaises de requalifier les faits que l'Etat requérant entend réprimer au regard de la loi de cet Etat.

En somme, si vous optez pour cette seconde solution, il vous faut pouvoir laisser de côté les mentions du décret et admettre que les autorités bosniennes ont manifesté leur intention, dans les compléments d'information qu'elles ont fournis, de poursuivre M. S..., non plus sur la base du code de 2003, mais sur celui de 1977. Cela n'est pas inatteignable ; mais c'est assurément un effort – et il pourrait paraître naïf.

2.2.3. La troisième voie que vous pourriez suivre revient à s'appuyer sur la seconde justification présentée par les autorités de l'Etat requérant, selon laquelle les faits poursuivis étaient un crime contre l'humanité en droit international à la date à laquelle ils ont été commis

⁶ Ajoutons que les qualifications de crime de guerre et de crime contre l'humanité ne sont pas exclusives l'une de l'autre (v. par ex., Crim. 20 décembre 1985, n° 85-95.166, Bull. crim. n° 407 ; et les définitions figurant au sixième principe de Nuremberg).

et pouvaient donc être poursuivis sous la qualification de crime contre l'humanité sans atteinte aux principes de légalité et de non-rétroactivité.

Il n'est guère douteux, en effet, – la CEDH l'a regardé comme évident dans la décision *Šimšić* et ce n'est d'ailleurs pas véritablement contesté – que les faits en cause étaient incriminés en tant que crimes contre l'humanité en droit international à la date où ils ont été commis. Car ils entraient clairement dans le champ de cette notion, dont la définition était bien établie. Le crime contre l'humanité avait été défini à l'article 6, c) de la Charte du Tribunal de Nuremberg ; si la Charte n'est pas applicable en l'espèce, la définition qu'elle arrête avait été reprise⁷ dans les sept principes de Nuremberg⁸ formulés par la Commission du droit international en 1950 sur la base de deux résolutions de l'Assemblée générale de l'Organisation des Nations Unies⁹ ; et l'ex-Yougoslavie avait ratifié en 1970 la Convention du 26 novembre 1968 sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité, laquelle renvoyait, pour la définition des crimes contre l'humanité, à la Charte du Tribunal de Nuremberg. Ajoutons que les faits en cause entrent tout aussi clairement dans le champ – élargi – de la définition du crime contre l'humanité figurant à l'article 5 du statut du Tribunal pénal pour l'ex-Yougoslavie, résultant de la résolution 827 du Conseil de sécurité des Nations Unies du 25 mai 1993.

C'est sur la base de ces constats que la CEDH a rendu sa décision du 10 avril 2012, *Šimšić c. Bosnie-Herzégovine*, qui, certes, constate que le crime contre l'humanité n'était pas, en tant que tel, une infraction dans le droit yougoslave au moment des massacres de Višegrad, mais qui relève que les actes en cause constituaient, à la date où ils ont été commis, un crime contre l'humanité en droit international, défini de façon suffisamment accessible et prévisible. La décision en déduit l'absence de violation de l'article 7 de la Convention.

Il est vrai, toutefois, que cet article 7, dont résultent les principes de légalité et de non-rétroactivité, affirme expressément que l'incrimination doit exister d'après le droit national ou international. La Cour disposait donc d'une base textuelle claire lui permettant de se fonder sur les incriminations résultant du seul droit international.

Au contraire, sur la base des principes de droit français, la Cour de cassation a jugé à plusieurs reprises que le Gouvernement ne pouvait pas légalement accorder des extraditions au Rwanda aux fins de poursuites pour génocide et crimes contre l'humanité, faute de définition de ces infractions et de prévision d'une peine par la loi rwandaise applicable à la date des faits, et alors même que les infractions auraient été visées par des instruments internationaux (v. Crim., 26 février 2014, n° 13-87.888, Bull. Crim. n° 60 ; du même jour, n° 13-86.631, Bull. Crim. n° 59 et n° 13-87.846, non publié ; Crim., 14 octobre 2015, n° 15-84.420, non publié ; Crim., 5 octobre 2016, n° 16-84.717, non publié). Ces arrêts se fondent sur une lecture stricte de la règle de double incrimination et du principe de légalité, qui en déduisent l'exigence d'une loi nationale d'incrimination et de pénalité.

Nous ne sommes cependant pas convaincu que vous deviez faire vôtre cette ligne jurisprudentielle, pour deux raisons. La première est qu'elle nous paraît, en vérité, peu adaptée

⁷ En ces termes : « L'assassinat, l'extermination, la réduction en esclavage, la déportation ou tout autre acte inhumain commis contre toutes populations civiles, ou bien les persécutions pour des motifs politiques, raciaux ou religieux, lorsque ces actes ou persécutions sont commis à la suite d'un crime contre la paix ou d'un crime de guerre, ou en liaison avec ces crimes. »

⁸ Dont le premier énonce que « tout auteur d'un acte qui constitue un crime de droit international est responsable de ce chef et passible de châtement ».

⁹ N° 95 (I) du 11 décembre 1946 et n° 177 (II) du 21 novembre 1947.

aux infractions les plus graves au droit international humanitaire, telles que le crime contre l'humanité et le génocide. Dans un article paru en 1945 dans le *Judge Advocate Journal*¹⁰, H. Kelsen exposait que la règle de non-rétroactivité de la loi pénale repose¹¹, non pas sur un principe absolu résultant d'une nécessité logique inhérente au droit mais uniquement sur un principe de justice¹², selon lequel la loi doit être connue pour être applicable, et qui peut se trouver en concurrence avec un autre principe de justice, selon lequel les auteurs de crimes constituant des violations ouvertes des principes de moralité reconnus par les peuples civilisés doivent pouvoir être traduits en justice. Et il estimait peu douteux que le second devait l'emporter sur le premier.

Ce que manifeste cette observation, c'est que le crime contre l'humanité est, presque par nature¹³, un crime dont l'auteur ne peut ignorer le caractère répressible – et donc un crime dont l'auteur n'a, en somme, presque pas besoin de la protection du principe de légalité des délits. C'est en ce sens que le deuxième principe de Nuremberg énonce que le fait que le droit interne ne punit pas un acte qui constitue un crime de droit international ne dégage pas la responsabilité en droit international de celui qui l'a commis¹⁴. Et c'est encore en ce sens que la CEDH a relevé, dans l'affaire *Šimšić*, qu'eu égard au caractère manifestement illégal des actes en cause, même la réflexion la plus superficielle aurait indiqué à l'intéressé que les faits risquaient de constituer un crime contre l'humanité dont il pourrait être tenu pénalement responsable. En l'espèce, cette observation se trouve confortée par la circonstance que les faits reprochés à M. S... étaient par ailleurs incriminés dans son droit national, à tout le moins comme crimes de guerre, à la date à laquelle ils ont été commis ; si bien qu'il ne peut soutenir que l'auteur de ces faits ne pouvait pas raisonnablement prévoir, à la date de leur commission, qu'il serait susceptible d'être poursuivi.

Dans ces conditions, l'approche très stricte des principes de légalité et de non-rétroactivité, qui conduirait en l'espèce à affirmer que l'ordre public français s'oppose à ce que M. S... soit extradé pour crimes contre l'humanité dès lors que son droit interne ne prévoyait pas une telle infraction à la date des faits, sans considération de l'évidence de leur caractère répressible et de la clarté du droit international, nous paraît inadaptée, voire paradoxale, en ce qu'elle aboutit à faire jouer à l'extrême la garantie formelle résultant du principe de légalité dans une hypothèse où sa garantie substantielle est pleinement satisfaite.

Elle est d'autant plus paradoxale que la France est par ailleurs tenue, sur le fondement de l'article 29 du statut du TPIY, d'arrêter et de transférer à ce Tribunal les personnes qu'il doit juger pour des faits qualifiés de crimes contre l'humanité sur la base de l'article 5 du statut¹⁵.

C'est pourquoi nous pensons, au contraire, que l'extradition d'un étranger à des fins de poursuites pour crimes contre l'humanité ne peut être regardée comme contraire à l'ordre public français au seul motif qu'elle est accordée à raison de faits qui, à la date où ils ont été commis, n'étaient incriminés comme crimes contre l'humanité qu'en droit international – pour peu, bien évidemment, qu'ils fussent alors incriminés de façon suffisamment claire et prévisible.

¹⁰ Vol. II, n° 3, Automne-hiver 1945.

¹¹ Du point de vue du positivisme juridique.

¹² Ce dont il déduit la nécessité d'en faire une interprétation aussi restrictive que possible.

¹³ Que l'on se réfère à l'idée d'un droit pénal naturel, ou au consensus des nations civilisées, l'idée est, au fond, la même.

¹⁴ L'idée, par ailleurs, n'est pas étrangère à la compétence universelle pour juger des crimes contre l'humanité que se reconnaissent nombre d'Etats.

¹⁵ V., pour les conditions d'application, la loi n° 95-1 du 2 janvier 1995.

Insistons sur un point : il ne s'agit pas pour vous de déterminer si le droit pénal français s'opposerait, dans des circonstances analogues, à ce que des poursuites soient conduites contre l'intéressé¹⁶, mais uniquement d'apprécier si l'ordre public français fait obstacle à ce qu'il soit extradé en vue d'être jugé pour crimes contre l'humanité.

La seconde raison pour laquelle vous pouvez, selon nous, vous écarter de la jurisprudence rendue par la chambre criminelle à propos du Rwanda est que vous êtes dans une situation en partie distincte, car vous pouvez trouver un appui dans le droit national bosnien. En effet, comme nous vous le disions tout à l'heure, les autorités bosniennes ont indiqué que l'article 4 a) du code pénal actuel de Bosnie-Herzégovine prévoit expressément la possibilité de poursuivre et condamner toute personne pour des faits qui, au moment où ils ont été commis, constituaient « une infraction conformément aux principes généraux du droit international ». En d'autres termes, le droit bosnien permet expressément la répression d'infractions sur la base du droit pénal international.

Dans ces conditions, c'est-à-dire dès lors que les faits pour lesquels l'extradition est demandée constituaient, à la date où ils ont été commis, un crime de droit international et que les autorités judiciaires bosniennes tirent du droit bosnien compétence pour poursuivre et réprimer une telle infraction, l'effort prétorien que requiert la solution n'est pas si grand. Vous n'avez plus à affirmer vous-mêmes que l'incrimination, claire et prévisible, des faits en droit international à la date où ils ont été commis suffit à ce que l'extradition vers un Etat entendant réprimer ces faits sur la base de cette incrimination respecte les exigences des principes de légalité des délits et de non-rétroactivité découlant de l'ordre public français. Il vous revient simplement de juger que l'ordre public français ne s'oppose pas à ce qu'un Etat ayant intégré¹⁷ dans son droit pénal la possibilité de poursuivre et réprimer les crimes de droit international puisse bénéficier de l'extradition de ses ressortissants à une telle fin. En d'autres termes, il ne s'agit pas de regarder une loi pénale rétroactive comme étant simplement déclarative compte tenu de l'existence antérieure du droit pénal international, mais uniquement d'admettre que l'Etat requérant puisse faire le choix de réprimer des crimes de droit international. Ce n'est alors plus la seule décision d'extradition, mais le droit de l'Etat requérant qui reconnaît la portée du droit international.

La différence est de degré plus que de nature¹⁸, mais pour le juge de l'extradition, la marche est sensiblement moins haute : dans la confrontation entre les exigences de l'ordre public français et le droit de l'Etat requérant, il n'a plus à atténuer les premières par le droit international mais simplement à constater l'enrichissement du second par ce droit.

Dans un cas analogue, la chambre criminelle de la Cour de cassation vient ainsi, par un arrêt du 24 mai dernier (V..., n° 17-86.340, à publier au Bulletin), de porter une atténuation sensible à sa jurisprudence « rwandaise ». Dans cet arrêt, elle confirme le raisonnement de la cour d'appel de Versailles qui avait donné un avis favorable à une extradition vers l'Argentine à raison de crimes contre l'humanité commis entre 1976 et 1979, alors même que le droit

¹⁶ Ce qui est probable (v. Crim., 1^{er} avril 1993, n° 92-82.273, Bull. crim. n° 143 ; Crim., 17 juin 2003, n° 02-80.719, Bull. crim. n° 122).

¹⁷ D'une façon ou d'une autre : v. ci-après pour une intégration jurisprudentielle.

¹⁸ En effet, dès lors que le renvoi du droit de l'Etat requérant au droit international est postérieur aux faits, il faut toujours admettre que l'Etat requérant puisse regarder le droit international comme suffisant à satisfaire aux exigences découlant du principe de légalité des délits. La différence résulte néanmoins de ce que l'Etat requis ne fait plus lui-même cet effort, mais admet que l'Etat requérant puisse le faire pour obtenir une extradition sans porter atteinte à son ordre public.

argentin ne prévoyait pas cette catégorie d'infraction à cette date, au motif, d'une part, que la coutume internationale autorise la répression de tels crimes, d'autre part, que la Cour suprême de justice de la nation argentine a reconnu que les actes commis pendant la dictature militaire pouvaient, sur cette base, recevoir la qualification de crimes contre l'humanité. En somme, la Cour de cassation admet qu'une articulation entre droit national et droit international permette, s'agissant de crimes contre l'humanité, de satisfaire aux exigences du principe de légalité des délits qui résultent de l'ordre public français. La solution n'est pas sans évoquer l'articulation sur la base de laquelle la Cour de cassation avait elle-même admis les condamnations en France pour crime contre l'humanité à raison des faits commis pendant la seconde guerre mondiale pour le compte d'un pays européen de l'Axe (v. not. Crim., 6 février 1975, n° 74-91.949, Bull. crim. n° 42 ; Crim., 1^{er} juin 1995, n° 94-82.590, Bull. crim. n° 202).

Dans ce cadre, il nous semble que vous pouvez, à votre tour, adopter un raisonnement similaire, s'appuyant à la fois sur le droit interne de l'Etat requérant et le droit international, et juger que les principes de légalité et de non-rétroactivité ne faisaient pas obstacle à ce que le Gouvernement accordât l'extradition de M. S... aux autorités bosniennes pour crime contre l'humanité, alors même qu'une telle infraction n'était pas prévue dans son droit national à la date des faits, dès lors que le droit bosnien prévoit la répression d'infractions de droit international et que le caractère de crime contre l'humanité en droit international des faits en cause était, à la date où ils ont été commis, suffisamment accessible et prévisible.

Vous pourrez conforter cette analyse par deux constats : celui, que nous faisons tout à l'heure, selon lequel les faits commis étaient incriminés en droit national, sous une autre qualification, à la date où ils ont été commis, si bien que leur auteur ne saurait soutenir qu'il pouvait ignorer, au regard de son droit national, la répression dont il pourrait faire l'objet ; et celui selon lequel le code pénal applicable à la date des faits renvoyait déjà largement, dans son chapitre 16 consacré aux crimes contre l'humanité et en particulier dans la définition des crimes de guerre contre les populations civiles, à la violation des règles du droit international humanitaire. C'est sur la base de ce second constat que l'avocat général proposait à titre subsidiaire, dans la présente affaire, à la chambre criminelle de la Cour de cassation de rejeter le pourvoi de M. S... en se fondant sur le droit pénal international.

Cette troisième solution doit encore passer un dernier obstacle, que le requérant ne manque pas de souligner, et qui tient au principe de légalité des peines. S'il n'est pas douteux, en effet, que le comportement donnant lieu aux poursuites était un crime en droit international, celui-ci ne prévoyait aucune peine. Ce qui est une question récurrente pour la justice pénale internationale¹⁹, bien que la CEDH ne s'y soit pas arrêtée (v. CEDH, Grande Chambre, 22 mars 2001, K.-H. W. c. Allemagne, n° 37201/97 et Streletz Kessler et Krenz c. Allemagne, n° 34044/96, 35532/97, 44801/98 ; Grande Chambre, 17 mai 2010, Kononov c. Lettonie, n° 36376/04 ; et l'affaire Šimšić précitée). Nous pensons toutefois que vous n'aurez pas trancher cette question sur le plan des principes²⁰. Il ressort en effet des compléments d'information apportés par les autorités de l'Etat requérant que la peine applicable aux faits imputés à M. S... est celle qui était prévue, à la date des faits, par l'article 142 du code pénal de l'ex-Yougoslavie, relatif aux crimes de guerre contre les populations civiles (ou une peine plus favorable). Dans ces conditions, vous pourrez vous en tenir au constat selon lequel l'intéressé ne risque pas d'être condamné à une peine plus sévère que celle qu'il encourait à la

¹⁹ V. not. Cassese, Scalia, Thalmann, Les grands arrêts de droit international pénal, n°s 12 et 13.

²⁰ Ce que certains auteurs appellent de leurs vœux ; v. not. D. Roets, De la prétendue impossibilité d'extrader vers le Rwanda les rwandais suspectés d'avoir participé au génocide de 1994, Recueil Dalloz, 20 mars 2014, n° 11.

date des faits donnant lieu à l'extradition pour écarter toute atteinte au principe de légalité des peines, sans avoir à prendre de front la question de la portée de ce principe en matière de répression des crimes internationaux.

2.2.4. Enfin, si vous estimez qu'aucune des trois voies que nous vous avons présentées ne peut être suivie, c'est-à-dire si vous jugez que l'infraction de crime contre l'humanité n'existait pas dans le droit pénal yougoslave à la date des faits, que les autorités bosniennes entendent poursuivre M. S... à raison de cette infraction et que la définition de celle-ci en droit international ne permet pas de satisfaire au principe de légalité des délits, vous devrez accueillir le moyen et annuler le décret attaqué. Les motifs que vous pourriez adopter seraient alors sensiblement proches de ceux des arrêts rendus par la Cour de cassation sur les projets d'extradition de Rwandais pour génocide.

—

De ces quatre solutions, vous l'aurez peut-être compris, celle qui a notre préférence est la troisième, parce que c'est celle qui nous paraît, le plus, prendre à bras le corps la difficulté soulevée par le dossier pour la traiter pleinement, de façon assumée, sans l'esquiver. Elle vous conduit par ailleurs à vous inscrire sur une ligne voisine de celle de la CEDH et très proche de celle adoptée en dernier lieu par la chambre criminelle de la Cour de cassation – ce qui nous paraît important, particulièrement en matière d'extradition. Il faut cependant avouer, c'est la contrepartie, que c'est probablement la solution la plus prétorienne. Aussi pourriez-vous préférer la deuxième, qui est certainement la plus confortable, ou la première, qui n'en est pas très éloignée et qui a permis à la Cour de cassation, sans renier sa jurisprudence « rwandaise », de s'en écarter en l'espèce²¹. Notre conviction la plus forte est certainement que vous n'avez pas à vous résoudre à la dernière, qui conduirait à annuler le décret ; car ce serait là adopter une approche excessivement formelle et rigide des principes de légalité et de non-rétroactivité.

Et par ces motifs nous concluons au rejet de la requête.

²¹ C'était avant son arrêt du 24 mai 2018 précité.