



HAL
open science

LE JEU DES QUALIFICATIONS JURIDIQUES AU SERVICE DE L'ÉVITEMENT DU DROIT PENAL

Isabelle Fouchard

► **To cite this version:**

Isabelle Fouchard. LE JEU DES QUALIFICATIONS JURIDIQUES AU SERVICE DE L'ÉVITEMENT DU DROIT PENAL. Colloque international “ Crimes français en Algérie : que dit le droit ? ”, Université de Lyon,, Oct 2022, Lyon, France. hal-03930537

HAL Id: hal-03930537

<https://hal.science/hal-03930537v1>

Submitted on 12 Dec 2023

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

« Le jeu des qualifications juridiques au service de l'évitement du droit pénal », intervention lors du Colloque international « Crimes français en Algérie : que dit le droit ? », Université de Lyon III, 9-10 juin 2022, *Criminocorpus*, 2022.

LE JEU DES QUALIFICATIONS JURIDIQUES AU SERVICE DE L'ÉVITEMENT DU DROIT PÉNAL

Isabelle FOUCHARD
Chargée de recherche CNRS HDR
ISJPS (UMR 8103)

La qualification juridique est une opération intellectuelle par laquelle les juristes décident ou non d'attribuer telle « désignation » (catégorie juridique) à un fait (personne, chose, acte ou situation), afin de lui associer des effets ou conséquences juridiques (régime juridique). En droit pénal en particulier, il s'agit de « la détermination de l'infraction par rattachement du fait en cause à l'infraction définie par la loi »¹. De la qualification juridique d'un fait comme crime de droit commun, ou comme crime de guerre ou crime contre l'humanité, par exemple, dépend donc le régime applicable : le droit pénal national seul pour un crime de droit commun ou à la fois le droit national et le droit international pénal pour un crime international.

Dans le cas de la guerre d'indépendance algérienne, la qualification juridique des crimes commis par les membres des forces armées françaises s'est avérée décisive afin d'en éviter le jugement par les juridictions françaises. Les crimes de meurtre ou de torture existaient déjà en droit pénal français au moment des faits. Mais, selon R. Branche, « en mars 1962, seules trois affaires impliquant des militaires en service ont atteint le stade du verdict » dans des cas d'homicide et coups et blessures volontaires, de torture à l'électricité et du décès des suites de tortures ; les verdicts ont été extrêmement cléments avec l'acquittement dans deux affaires et une peine d'amende dans une troisième².

¹ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 12^e éd.,

² R. Branche, « La torture pendant la guerre d'Algérie : un crime contre l'humanité ? », in J.-P. Jean (dir.), *Barbie, Touvier, Papon*, Autrement, 2002, p. 142.

Une absence de répression de ces crimes de droit commun à l'époque des faits donc, et une répression rendue impossible par les lois et décrets d'amnistie de 1966 et 1968³, qui avaient pour effet d'effacer tous les crimes en lien avec le conflit algérien⁴. Mais, au-delà des crimes de droit commun, la question se pose de savoir si la qualification de crimes de guerre ou de crime contre l'humanité, donc de crimes internationaux réputés imprescriptibles en vertu du droit international pénal, n'auraient pas permis de les poursuivre et les juger.

En ce qui concerne la qualification de crimes de guerre, elle n'était possible à cette époque qu'en temps de conflit armé international, autrement dit dans le cadre d'une guerre opposant un Etat à un autre Etat. C'est la raison pour laquelle les autorités françaises se sont obstinées jusqu'en 1999⁵ à parler des « événements d'Algérie » renvoyant ainsi à une simple opération de maintien de l'ordre public en territoire français. A cela s'ajoute que, bien que la France ait ratifié les Conventions de Genève de 1949 en 1951, la qualification de crimes de guerre n'a pas été intégrée au Code pénal français avant la loi de 2010 portant adaptation du droit français au Statut de Rome. Ce qui signifie qu'entre 1951 et 2010, en violation des obligations internationales de la France, les juridictions françaises ne pouvaient pas juger des crimes de guerre.

L'autre possibilité envisagée par les familles de victimes de crimes commis pendant la guerre d'indépendance algérienne⁶ a été d'introduire des plaintes pour crime contre l'humanité. Ces plaintes n'ont jamais abouti devant les juridictions françaises pas plus d'ailleurs que celles concernant la guerre d'Indochine⁷.

C'est la raison pour laquelle, cette contribution se concentrera sur les enjeux de la qualification juridique de crime contre l'humanité dans ce contexte (I) et la manière dont elle a été utilisée par la Cour de cassation pour éviter le jugement des crimes commis en Algérie durant la guerre d'indépendance (II).

³ Décret n° 62-327 du 22 mars 1962 « portant amnistie des infractions commises au titre de l'insurrection algérienne ». Décret n° 62-328 du 22 mars 1962 « portant amnistie des faits commis dans le cadre des opérations de maintien de l'ordre dirigées contre l'insurrection algérienne ». *Journal officiel*, « Lois et décrets », 23 mars 1962, p. 3143-3144 ; Ordonnance n° 62-427 du 14 avril 1962 « rendant applicable sur l'ensemble du territoire de la République le décret n° 62-327 du 22 mars 1962 portant amnistie des infractions commises au titre de l'insurrection algérienne » ; Ordonnance n° 62-428 du 14 avril 1962 « rendant applicable sur l'ensemble du territoire de la République le décret n° 62-328 du 22 mars 1962 portant amnistie de faits commis dans le cadre des opérations de maintien de l'ordre dirigées contre l'insurrection algérienne » ; Ordonnance n° 62-429 du 14 avril 1962 « relative à la procédure concernant les crimes et délits en relation avec les événements d'Algérie ».

⁴ V. notamment S. Gacon, « Les amnisties de la guerre d'Algérie (1962-1982) », *Histoire de la justice*, vol. 16, n° 1, 2005, pp. 271-279.

⁵ Loi du 10 juin 1999 relative à la substitution de l'expression « aux opérations (de maintien de l'ordre) effectuées en Afrique du Nord » par l'expression « à la guerre d'Algérie et aux combats en Tunisie et au Maroc ».

⁶ Crim. 29 novembre 1988, n°86-91.661 (Affaire *Lakhdar-Toumi*) et n°87-80.566 (Affaire *Yacoub*).

⁷ Crim. 1^{er} avril 1993, n°92-82273 (Affaire *Boudarel*).

I. Les enjeux de la qualification de crime contre l'humanité dans ce contexte

Il ne fait nul doute aujourd'hui que les arrestations, détentions, viols, actes de torture, meurtres suivis de disparition forcée commis par les forces armées françaises, dans un contexte de répression systématique des civils et opposants au maintien de la puissance coloniale en Algérie, constituaient des crimes contre l'humanité. Si l'on se fie tout au moins à sa définition actuelle en droit international, le meurtre, la torture et la disparition forcée sont en effet des actes constitutifs de crime contre l'humanité dès lors qu'ils ont été commis « dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique, en application de la politique d'un Etat ou d'une organisation, contre toute population civile en connaissance de cette attaque »⁸. Or R. Branche notamment évoque la mise en place à cette époque d'« un système », « une forme d'institutionnalisation de la torture » et souligne que « les conditions de possibilité furent réunies pour que la torture soit massivement pratiquée »⁹. Ces éléments indiquent que le contexte d'attaque contre les civils menée en application de la politique française en Algérie revêtait les caractères tant systématique que généralisé requis.

Il en va de même si l'on considère la définition retenue par l'article 212-1 du Code pénal¹⁰ incriminant depuis 1994 le crime contre l'humanité en droit français¹¹. Mais, sauf à tomber dans l'anachronisme ou à faire fi des principes de légalité et de non-rétroactivité du droit pénal, ce constat ne saurait suffire à établir que les crimes commis contre des civils par des militaires français, entre 1954 et 1962 dans le contexte de la guerre d'indépendance algérienne, constituaient des crimes contre l'humanité. Il eut fallu qu'un juge français puisse être saisi d'une telle affaire pour établir si ces crimes – le meurtre et la torture, déjà réprimés par le droit pénal français – étaient susceptibles de recevoir la qualification de crime contre l'humanité au regard de la définition applicable à cette époque. Or les plaintes relatives à des crime contre l'humanité

⁸ Au sens de l'article 7 § 1 a) et du Statut de Rome instituant la Cour pénale internationale.

⁹ Cf. R. Branche, « La torture pendant la guerre d'Algérie : un crime contre l'humanité ? », in J.-P. Jean (dir.), *Barbie, Touvier, Papon*, Autrement, 2002, p. 140.

¹⁰ Introduit au code pénal en 1994, l'art. 212-1 a été modifié par la loi n°2004-800 du 6 août 2004, la loi n°2010-930 du 9 août 2010 et, en dernier lieu, par la loi n°2013-711 du 5 août 2013.

¹¹ « 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 : 1° L'atteinte volontaire à la vie ; (...) 5° L'emprisonnement ou toute autre forme de privation grave de liberté physique en violation des dispositions fondamentales du droit international ; 6° La torture ; (...) 8° La persécution de tout groupe ou de toute collectivité identifiable pour des motifs d'ordre politique, racial, national, ethnique, culturel, religieux ou sexiste ou en fonction d'autres critères universellement reconnus comme inadmissibles en droit international ; 9° La disparition forcée ; (...) 11° Les autres actes inhumains de caractère analogue causant intentionnellement de grandes souffrances ou des atteintes graves à l'intégrité physique ou psychique ».

commis pendant la guerre d'indépendance algérienne¹² n'ont jamais abouti devant les juridictions françaises.

En témoignent d'abord les affaires *Lakhdar Toumi* et *Yacoub* du 29 novembre 1988 qui avaient en commun d'avoir fait l'objet d'une précédente plainte dont l'instruction avait été conclue par un non-lieu motivé par l'application des décrets et loi d'amnistie de 1962¹³. La première affaire concernait l'enlèvement de M. Mohamed Lakhdar-Toumi dans sa ferme en Algérie le 15 août 1957 par une compagnie motorisée. Ses restes seront identifiés en mai 1961 ensevelis à quelques kilomètres de la ferme. Une instruction est ouverte puis close, le 29 juin 1962, par une ordonnance de non-lieu visant les décrets du 22 mars 1962 portant amnistie de faits commis dans le cadre des opérations de maintien de l'ordre dirigées contre l'insurrection algérienne. En appel, la cour confirme la décision de non-lieu qui devient définitive. La seconde affaire concerne l'arrestation, les violences policières et la disparition de M. Abdelkader Yacoub, suite une rafle policière à Paris, le 8 septembre 1958. Le 21 mai 1963, le juge d'instruction rend une ordonnance de non-lieu motivée par les décrets d'amnistie de 1962 et l'ordonnance du 14 avril 1962 les rendant applicables à l'ensemble du territoire de la République. La chambre d'accusation de Paris confirme le 22 janvier 1964, la décision devenant définitive. C'est une nouvelle plainte de Mme Yacoub, du 18 juillet 1985, qui donne lieu à la décision de la Cour de cassation du 29 novembre 1988.

Un autre exemple est celui d'une décision rendue en 2000 par la Cour de cassation dont l'origine était une plainte pour crime contre l'humanité à raison des crimes commis lors de la manifestation du 17 octobre 1961 organisée à Paris par les populations algériennes demeurant en France¹⁴. La Chambre criminelle y affirme que les « les seules qualifications de droit commun que ces faits pourraient revêtir entrent nécessairement dans le champ d'application de la loi n°68-697 du 31 juillet 1968 portant amnistie des infractions commises en relation avec les événements d'Algérie ». Enfin, en 2003, le Mouvement contre le Racisme et pour l'Amitié entre les Peuples (MRAP) a porté plainte pour crime contre l'humanité, à raison des tortures et exécutions sommaires commises contre la population civile en Algérie entre 1955 et 1957, reconnues dans un livre par le général Aussaresses. Dans ces 3 affaires, la Chambre criminelle rejette le pourvoi validant ainsi le refus d'informer prononcé par les juridictions inférieures.

¹² Crim. 29 novembre 1988, n°86-91.661 (Affaire *Lakhdar-Toumi*) et n°87-80.566 (Affaire *Yacoub*).

¹³ Sur ces affaires, V. P. Poncela, « L'humanité, une victime peu présentable (A propos de deux arrêts inédits de la Chambre criminelle) », *Recueil Dalloz* 1991, p. 229.

¹⁴ Crim., 30 mai 2000, n°99-84024.

L'incompétence des juridictions françaises à juger les crimes contre l'humanité commis dans le cadre de la guerre d'indépendance algérienne a été décrite, par J. Lelieur-Fischer comme le fruit « d'une malencontreuse combinaison d'arguments juridiques incontournables »¹⁵ : d'une part, des lacunes du cadre législatif français qui a attendu 1994 pour définir ce crime international en droit pénal sans prévoir l'application rétroactive de l'incrimination ; d'autre part, de l'interprétation qui en a été faite, au cas par cas, par la Chambre criminelle de la Cour de cassation dont M. Massé a pu dire que la « seule stratégie d'ensemble perceptible, s'il y en a vraiment une, serait d'éviter aux juridictions françaises d'avoir un jour à se prononcer sur la qualification de certains "événements" d'Algérie »¹⁶.

Il s'agit à présent d'expliquer, d'un point de vue juridique, cette complète omerta judiciaire sur les crimes du passé colonial de la France, qui se présente aujourd'hui comme fer de lance de la lutte contre l'impunité des auteurs des crimes internationaux les plus graves.

II. Les arguments juridiques avancés par la Cour de cassation pour justifier l'incompétence des juridictions françaises

Les arguments justifiant l'impossibilité de poursuivre les crimes contre l'humanité commis par les autorités françaises dans ces contextes sont résumés par l'arrêt *Aussaresses* de 2003¹⁷. Pour rappel, le Mouvement contre le Racisme et pour l'Amitié entre les Peuples (MRAP) a porté plainte et s'est constitué partie civile contre personne non dénommée pour crimes contre l'humanité, à raison des tortures et exécutions sommaires que, dans un livre publié le 3 mai 2001, le général Paul Aussaresses révélait avoir pratiquées ou ordonné de pratiquer sur la population civile, en Algérie entre 1955 et 1957, alors qu'il était officier de renseignements au service de l'armée française. La Chambre criminelle y rejette le pourvoi. Sa décision repose sur quatre affirmations complémentaires dont la combinaison justifie l'incompétence des tribunaux français en la matière¹⁸.

¹⁵ J. Lelieur-Fischer, « L'impossible poursuite de tous les crimes contre l'humanité commis avant l'entrée en vigueur du nouveau code pénal ? », *RSC* 2004, p. 31.

¹⁶ M. Massé, « L'affaire *Touvier*, qualification de crime contre l'humanité », *RSC* 1993, p. 372.

¹⁷ *Crim.*, 17 juin 2003, n°02-80719. Pour une analyse approfondie de cette décision, V. J. Lelieur-Fischer, « Prosecuting the Crimes against Humanity Committed during the Algerian War : an Impossible Endeavour ? », *Journal of International Criminal Law*, 2 (2004), p. 237 s.

¹⁸ V. I. Fouchard, « Crimes contre l'humanité commis par les armées françaises durant la guerre d'indépendance algérienne : l'impunité organisée ? », in S. Thenault et M. Besse (dir.), *Réparer l'injustice : l'affaire Maurice Audin*, Institut francophone pour la Justice et la Démocratie, Coll. Transition et Justice n°22, oct. 2019, pp. 153-174.

Le premier argument avancé consiste à affirmer que la loi de 1964 portant imprescriptibilité des crimes contre l'humanité ne concerne que les faits commis pour le compte des pays européens de l'Axe. Or la loi de 1964 renvoie en effet à la Charte du Tribunal de Nuremberg mais cette affirmation reflète une confusion entre la compétence du Tribunal et la définition du crime contre l'humanité. En effet, seule la compétence du Tribunal était « limitée aux crimes commis par les puissances de l'Axe », car il n'était pas question que ce Tribunal international puisse s'intéresser aux éventuels crimes internationaux commis par les Etats vainqueurs. En revanche, la définition du crime contre l'humanité (art. 6 c) de la Charte ne fait pas mention de sa restriction aux crimes commis pour le compte des puissances de l'Axe, ce qui irait, par ailleurs, à l'encontre de la notion même de crime contre l'humanité, « par nature » imprescriptible selon les termes mêmes de la loi de 1964 portant imprescriptibilité des crimes contre l'humanité, au même titre que l'« humanité » visée à travers ces crimes est par nature indivisible.

Et quand bien même, dans l'affaire *Barbie*, la définition de crime contre l'humanité a été étendue aux crimes, certes commis pendant la seconde guerre mondiale, mais contre les résistants, ce que ne prévoyait pas la définition initiale. Ce faisant, les juges ont montré que la définition retenue à Nuremberg pouvait faire l'objet d'une interprétation extensive¹⁹.

Le second argument avancé se fonde sur les principes de légalité et de non-rétroactivité de la loi pénale qui s'opposent, selon la Cour de cassation, à ce que la définition adoptée en 1994 s'applique à des faits antérieurs. Là encore, il s'agit d'une interprétation restrictive du principe de légalité qui ne prend pas en compte la nature spécifique des crimes contre l'humanité : la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) comme les juridictions pénales internationales ont reconnu que ce qui importe est la prévisibilité pour l'auteur du caractère criminel de son acte au moment des faits ; à la fin des années 1950, le meurtre et la torture étaient déjà incriminés en droit pénal français. La CEDH a ainsi eu l'occasion de préciser la définition internationale du crime contre l'humanité en 1956, ceci dans une affaire contre la Hongrie dans laquelle le requérant se plaignait d'avoir été condamné pour crime contre l'humanité pour des actes commis lors de l'insurrection de Budapest de 1956 ; la Cour a estimé « que l'acte pour lequel le requérant avait été condamné pouvait constituer, à l'époque où il a été commis, un

¹⁹ Crim. 20 déc. 1985, n°85-95166 (Affaire *Barbie*) : des « actes inhumains et persécutions qui, au nom d'un Etat pratiquant une politique d'hégémonie idéologique, ont été commis de façon systématique, non seulement contre des personnes en raison de leur appartenance à une collectivité raciale ou religieuse, mais aussi contre les adversaires de cette politique, quelle que soit la forme de leur opposition ».

crime contre l'humanité d'après le droit international »²⁰ et ne violait donc pas le principe de non-rétroactivité prévu par l'art. 7 de la CESDH. Plus récemment, la CEDH a en outre estimé que, malgré l'absence d'incrimination pénale au moment des faits, la condamnation, en 2015, d'un ancien agent des forces de sécurité soviétiques pour génocide, en raison de sa participation en 1956 à une opération d'arrestation d'opposants au régime soviétique, n'avait pas méconnu le principe de non-rétroactivité prévu par l'art. 7 de la Convention. La Cour y conclut que le requérant devait être conscient dans les années 1950 du fait qu'il pourrait être poursuivi pour génocide, et que sa condamnation était prévisible²¹.

Dans ces affaires, la CEDH peut se prononcer sur la conformité à la Convention du droit national et des décisions judiciaires parce que les auteurs des crimes ont été jugés et condamnés ; faute d'une décision à contester, les ayants-droits des victimes des crimes en lien avec la guerre d'indépendance algérienne ne peuvent saisir la CEDH. Et quand bien même, toute requête concernant cette période ne serait pas recevable car la France a signé la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme (CESDH) le 4 novembre 1950 mais ne l'a ratifiée que le 3 mai 1974. Selon A. Pellet notamment, le retard pris à ratifier la CESDH s'explique en partie par la volonté d'éviter d'être mis en cause par la Cour sur ces questions²².

En outre, la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme comme le Pacte international sur les droits civils et politiques, deux textes internationaux qui lient la France, prévoient tous deux une exception au principe lorsque que les actes « au moment où ils ont été commis, étaient tenus pour criminels, d'après les principes généraux de droit reconnus par l'ensemble des nations »²³. D'ailleurs, dans l'arrêt rendu en 1984 dans l'affaire *Barbie* notamment, la Chambre criminelle s'est fondée sur ces mêmes principes généraux de droit pour justifier l'application rétroactive de la loi de 1964 sur l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité à des faits commis en 1943 et 1944, pour lesquels l'action publique aurait déjà été prescrite selon les délais de droit commun.

Le troisième argument repose sur le fait que la coutume internationale ne saurait pallier l'absence de texte incriminant, sous la qualification de crime contre l'humanité, les faits

²⁰ *Idem*, § 78.

²¹ CEDH *Drėlingas c. Lituanie*, 12 mars 2019, req. n°28859/16, § 105.

²² A. Pellet, « La ratification par la France de la Convention européenne des Droits de l'Homme », *RDP*, 1974, pp. 1319-1377.

²³ Art. 7 § 2 de la Convention européenne de sauvegarde des droits et des libertés fondamentales et 15 § 2 du Pacte international sur les droits civils et politiques.

dénoncés. Sur ce point, il suffit de citer des extraits du Rapport annuel 2013 de la Cour de cassation. Il indique lui-même que dans les arrêts rendus en 1983 et 1984 dans l'affaire *Barbie* « la chambre criminelle a pallié une carence législative par référence aux "principes généraux du droit reconnus par l'ensemble des Nations" » et ajoute qu'en « cette matière, l'apport jurisprudentiel a été essentiel en se substituant au législateur et en permettant ainsi une avancée significative au regard de l'ordre public international si l'on admet que la poursuite de tels crimes est rendue nécessaire parce qu'ils touchent aux fondements même de l'humanité »²⁴. Autrement dit, la Cour de cassation y affirme clairement qu'elle peut, au nom d'« un ordre public international répressif »²⁵, pallier une carence du législateur en se référant au droit international coutumier en matière de crime contre l'humanité. Néanmoins, ledit rapport admet également que « la jurisprudence de la chambre criminelle démontre que la réponse à cette question²⁶ [celle « de savoir si la coutume internationale pouvait constituer une norme d'incrimination pour des faits qualifiés de crime contre l'humanité commis avant 1994] est négative *quoique nuancée* selon que les crimes en question ont été commis au cours de la seconde guerre mondiale au profit des pays européens de l'Axe ou non »²⁷. Cet extrait du rapport admet clairement une utilisation casuistique du droit international par la Chambre criminelle de la Cour de cassation dont M. Massé a pu dire que la « seule stratégie d'ensemble perceptible, s'il y en a vraiment une, serait d'éviter aux juridictions françaises d'avoir un jour à se prononcer sur la qualification de certains "événements" d'Algérie »²⁸.

Le quatrième argument découle logiquement des précédents : ne pouvant dès lors être poursuivis sous la qualification de crime contre l'humanité, les faits dénoncés entrent dans les prévisions de la loi d'amnistie de 1962. La boucle est ainsi bouclée, et la clé du blocage repose sur la qualification du crime contre l'humanité. Ainsi, faute d'une définition avant le Code pénal de 1994, à l'exception de la loi de 1964 qui, selon la Cour de cassation, ne s'applique qu'aux crimes commis pour le compte des pays européens de l'Axe, aucun crime commis avant le 1^{er} mars 1994 ne peut être poursuivi sous la qualification de crime contre l'humanité, seule condition pour admettre l'imprescriptibilité et exclure l'application des lois d'amnistie. Autrement dit, la Chambre criminelle de la Cour de cassation admet dans ce 4^e point que si la

²⁴ Cour de cassation, Rapport annuel 2013, p. 119.

²⁵ *Idem*, p. 142.

²⁶ Celle « de savoir si la coutume internationale pouvait constituer une norme d'incrimination pour des faits qualifiés de crimes contre l'humanité lorsque, commis avant le 1^{er} mars 1994, ils échappaient aux prévisions de l'article 212-1 du code pénal ».

²⁷ Cour de cassation, Rapport annuel 2013, p. 123.

²⁸ M. Massé, « L'affaire *Touvier*, qualification de crime contre l'humanité », *RSC* 1993, p. 372.

qualification de crime contre l'humanité avait pu être retenue, la loi d'amnistie n'aurait pu s'appliquer ; ce qui limite l'enjeu du retrait par le législateur des lois d'amnistie et renforce le poids du rôle des juges dans leur pouvoir de qualification.

Or les juridictions françaises avaient déjà jugé en 2002, sur le fondement de la compétence universelle, un militaire mauritanien, pour des crimes de torture commis en Mauritanie contre des mauritaniens, position validée par la Cour de cassation²⁹. L'affaire *Ely Ouldh Dah* a ensuite été portée devant la CEDH, l'intéressé se plaignant d'une violation de l'art. 7 de la CESDH (principe de légalité pénale) pour avoir été jugé en France pour des faits commis en Mauritanie en 1990 et 91 alors qu'il ne pouvait prévoir que la loi d'amnistie mauritanienne serait écartée au profit de la loi française et que les dispositions du Nouveau Code pénal de 1994 lui avaient été appliquées rétroactivement – la CEDH a rejeté ces arguments notamment au motif que :« Force est de constater qu'en l'espèce la loi d'amnistie mauritanienne n'est intervenue non pas après jugement et condamnation du requérant mais précisément en vue d'empêcher toute poursuite pénale à l'encontre de celui-ci ». Autrement dit, lorsque le législateur national adopte une loi d'amnistie dont l'objectif est de faire obstacle au jugement de certains crimes, cette loi peut, selon la CEDH, être écartée. Cette affaire montre que les juridictions françaises ont compétence, sur le fondement de la compétence universelle, pour écarter une loi d'amnistie étrangère³⁰ pour juger l'auteur d'actes de torture commis avant qu'un crime autonome de torture soit inscrit en droit pénal français ; mais pas pour juger les crimes commis par des français contre des français en territoire français.

A relire les décisions antérieures de la Cour de cassation et en considérant la place variable qu'elle y accorde au droit international³¹, on constate que celle-ci a obéi à des choix d'opportunité clairement distincts selon le lieu et l'époque : pour réprimer les crimes de la seconde guerre mondiale, la chambre criminelle a invoqué le droit international pour pallier l'absence d'incrimination nationale du crime contre l'humanité ; pour *ne* pas réprimer ceux des guerres d'Algérie et d'Indochine, elle a retenu une conception légaliste et restrictive de la compétence des juridictions françaises excluant toute incrimination découlant directement du droit international.

²⁹ Cass. Crim., 23 octobre 2002, n°02-85.379, Bull. crim. 2002, n°195.

³⁰ Cass. Crim., 23 octobre 2002, n°02-85.379, Bull. crim. 2002, n°195 : « l'exercice par une juridiction française de la compétence universelle emporte la compétence de la loi française, même en présence d'une loi étrangère portant amnistie ». V. également le Rapport annuel 2013 de la Cour de cassation, p. 121. V. M. Massé, « Compétence universelle et amnistie », *RSC* 2003, p. 425.

³¹ V. pour une analyse juridique approfondie, S. Garibian, « Qu'importe le cri, pourvu qu'il y ait l'oubli : retour sur la jurisprudence de la Cour de cassation relative aux crimes français commis en Algérie et en Indochine », in C. Coquio (dir.), *Retours du colonial ? : disculpation et réhabilitation de l'histoire coloniale française*, Nantes, L'Atalante, 2008, pp. 129-146 (disponible en ligne).

S'il convient d'admettre que les juridictions françaises étaient, à l'époque, moins ouvertes au droit international qu'aujourd'hui, elles avaient montré notamment dans l'affaire *Barbie* qu'elles pouvaient et savaient le faire si elles le souhaitaient. A leur décharge, ces contradictions reflétaient sans doute celles d'une société française qui exprimait le besoin de voir jugés les crimes nazis mais qui, dans le meilleur des cas, niait la réalité des crimes coloniaux.

En conclusion, d'un point de vue juridique, l'incapacité des juridictions françaises à juger ces crimes de masse commis par les représentants de l'Etat contre leur propre population résulte de l'action (ou inaction) conjuguée à la fois du législateur et des juges. Le premier qui a adopté en 1964 une loi affirmant l'imprescriptibilité « par nature » des crimes contre l'humanité sans les définir, des lois d'amnistie en 1966 et 1968, effaçant tous les crimes en lien avec le conflit algérien, sans en exclure les crimes contre l'humanité, et qui a maintenu cette loi, et, enfin, qui n'a défini qu'en 1994, le crime contre l'humanité en droit français, sans en prévoir expressément l'application rétroactive. Les seconds qui, face aux lacunes et obstacles posés par le droit français, ont fait un usage différencié du droit international, en en retenant une interprétation audacieuse pour pouvoir poursuivre les crimes contre l'humanité commis durant la GM2 (affaires *Barbie*, *Touvier* et *Papon* notamment) et, au contraire, en adoptant une interprétation restrictive en ce qui concerne les crimes contre l'humanité des guerres de décolonisation (affaires *Lakhdar-Toumi* et *Yacoub* ou *Boudarel* pour l'Indochine).

L'enjeu principal est ainsi la question de l'incrimination du crime contre l'humanité en droit français : faute d'une définition avant le Code pénal de 1994, à l'exception de la loi de 1964 qui, selon la Cour de cassation, ne s'applique qu'aux crimes commis pour le compte des pays européens de l'Axe, aucun crime commis avant le 1^{er} mars 1994 ne peut être poursuivi sous la qualification de crime contre l'humanité, seule condition pour admettre l'imprescriptibilité et exclure l'application des lois d'amnistie.