



**RAPPORT DE Mme LEPRIEUR,
CONSEILLÈRE**

avec le concours du SDER, dont Clotilde Camus, auditrice

Arrêt n° 684 du 25 juillet 2025 (B + R) – Assemblée plénière

Pourvoi n° 24-84.071

**Décision attaquée : Chambre de l'instruction de la cour d'appel de
Paris du 5 juin 2024**

M. [Y] [K]

C/

Association [2]

M. [Y] [K] a formé un pourvoi contre l'arrêt de la chambre de l'instruction de la cour d'appel de Paris, 1^{ère} section, en date du 5 juin 2024, qui, dans l'information suivie contre lui des chefs de complicité de crimes contre l'humanité et de crimes de guerre, blanchiment, associations de malfaiteurs, a prononcé sur sa demande d'annulation de pièces de la procédure.

Plan du rapport

1. RAPPEL DES FAITS ET DE LA PROCÉDURE p.4

2. EXPOSE DU MOYEN - LES THÈSES EN PRÉSENCE p.5

Le mémoire ampliatif p.5

La motivation de l'arrêt attaqué p.7

L'analyse du mémoire en défense p.11

3. DISCUSSION p.11

Propos liminaires : le fondement de la compétence des juridictions pénales françaises p.11

3.1 Sources, objet et champ d'application de l'immunité de juridiction fonctionnelle p.15

3.1.1 Un droit coutumier p.15

3.1.2 L'objet de l'immunité p.17

3.1.3 Les agents de l'État susceptibles de bénéficier de l'immunité fonctionnelle p.19

3.1.4 Une immunité invocable devant les juridictions nationales p. 20

3.1.5 Qui peut opposer l'immunité de juridiction fonctionnelle ? p. 23

3.2 Une immunité limitée aux actes de souveraineté p. 27

3.2.1 Le principe de la distinction entre les actes de souveraineté et les actes de gestion p. 27

L'affaire du naufrage du navire Erika p. 27

L'affaire du naufrage du navire Le Joola p. 27

L'affaire de [Localité 4] p. 28

La jurisprudence des chambres civiles p. 30

3.2.2 Des crimes internationaux peuvent-ils être qualifiés d'actes relevant de la souveraineté de l'État ? p. 32

3.3 Une possible exclusion - ou non-application - de l'immunité en cas de crimes internationaux ? p. 36

3.3.1 Un conflit de normes avec des infractions relevant du jus cogens ? p. 36

3.3.2 L'existence d'une coutume ? p. 38

Les décisions de juridictions internationales et étrangères écartant l'immunité fonctionnelle en cas de crimes internationaux p. 38

De quelques autres éléments de pratique des États tendant à écarter l'immunité fonctionnelle en cas de crimes internationaux p. 46

Les travaux de la Commission du droit international des Nations unies p. 47

4. LES ANALYSES POSSIBLES ET LEURS CONSÉQUENCES p. 53

4.1 Les analyses possibles p.53

4.2 La portée de la décision p.53

1. RAPPEL DES FAITS ET DE LA PROCÉDURE

Dans le cadre de l'enquête préliminaire diligentée par le parquet de Paris en relation avec le fichier [IJ], il a été constaté que M. [Y] [K], alias [Y] [K], ayant la double nationalité française et syrienne (la nationalité française depuis 1993), était visé par les sanctions de l'Union européenne à titre personnel en tant que gouverneur de la Banque centrale de Syrie, poste qu'il avait occupé jusqu'en juillet 2016. L'intéressé sera ministre syrien de l'économie de juillet 2016 à avril 2017.

Une enquête préliminaire a été ouverte à son encontre le 8 décembre 2016 des chefs de crimes contre l'humanité, crimes de guerre et complicité, commis en Syrie depuis mars 2011.

Il s'est avéré, d'après l'arrêt attaqué, que des montages financiers avaient été mis en place par M. [K] pour contourner les sanctions et soutenir le régime et qu'une coopération avait été établie entre la banque centrale syrienne et la [5], impliquée directement dans la conception et le développement de l'arme chimique au profit du gouvernement syrien.

Selon les textes officiels syriens, la Banque centrale de Syrie est la banque de l'État syrien, qui en est le seul propriétaire. Elle est le conseiller financier du gouvernement et possède aussi les pouvoirs de réglementation et de contrôle des bureaux de change.

Une information judiciaire a été ouverte contre personne non dénommée, le 5 décembre 2017, des chefs de crimes contre l'humanité et crimes de guerre, complicité de ces crimes et blanchiment du produit de ces crimes, commis en Syrie depuis mars 2011.

Par réquisitoire supplétif en date du 11 décembre 2019, la saisine du magistrat instructeur a été étendue aux faits de blanchiment de fraude fiscale et d'autres délits. Par réquisitoire supplétif du 20 décembre 2022, elle l'a été aux faits de participation à un groupement formé ou à une entente établie en vue de la préparation de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité.

M. [K] a été mis en examen le 20 décembre 2022 des chefs de complicité de crimes contre l'humanité et de crimes de guerre, blanchiment du produit de tels crimes, participation à des groupements formés en vue de la préparation de tels crimes. Il a été placé sous contrôle judiciaire (D 699).

Par requête du 20 juin 2023, M. [K] a sollicité l'annulation de sa mise en examen. Il a fait valoir que la Banque centrale de Syrie est une banque d'État non indépendante, agissant pour le compte et sous l'autorité du pouvoir exécutif. Dès lors, l'immunité de juridiction *rationae materiae* dont bénéficie l'État syrien en application de la coutume internationale doit s'étendre à la banque centrale ainsi qu'à ses agents.

Tel est le cas du gouverneur de la banque, agent de l'État soumis au pouvoir exécutif, exerçant ses fonctions sur l'ordre et pour le compte de l'État syrien, les actes retenus pour fonder sa mise en examen relevant tous de la souveraineté de cet État et étant délégués par ce dernier.

La [2]¹ et le [1]² se sont constitués parties civiles.

Par l'arrêt attaqué du 5 juin 2024, la chambre de l'instruction de la cour d'appel de Paris a rejeté la demande et dit n'y avoir lieu à annulation d'un acte ou d'une pièce de la procédure.

M. [K] s'est pourvu en cassation régulièrement. Il a sollicité l'examen immédiat du pourvoi.

Par ordonnance du 30 septembre 2024, le président de la chambre criminelle a ordonné l'examen immédiat du pourvoi.

Un mémoire ampliatif et un mémoire en défense, pour la [2] et le [1], ont été déposés régulièrement.

Par ordonnance du 5 mars 2025, le premier président de la Cour de cassation a ordonné le renvoi du pourvoi devant l'assemblée plénière.

- Constitution en demande de la société Matuchansky, Poupot, Valdelièvre et Rameix au nom de M. [K] le 20 juin 2024 ;
- Mémoire ampliatif déposé le 21 octobre 2024 ;
- Constitution en défense de la SCP Piwnica et Molinié au nom de la [2] et du [1], le 20 juin 2024 ;
- Mémoire en défense déposé le 12 novembre 2024 (article 618-1 du CPP : 3 000 euros) ;
- Ordonnance de renvoi en Assemblée plénière : 5 mars 2025.

2. EXPOSE DU MOYEN - LES THÈSES EN PRÉSENCE

Le mémoire ampliatif

Le moyen fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir rejeté la requête tendant à l'annulation de la mise en examen de M. [K] et dit n'y avoir lieu à annulation d'un acte ou d'une pièce de la procédure.

¹ Cette appellation est celle figurant dans les statuts produits dans le cadre du dossier d'instruction.

² Cette appellation est celle figurant dans les statuts produits dans le cadre du dossier d'instruction.

Il soutient que la coutume internationale s'oppose à ce que les agents d'un État, en l'absence de dispositions internationales contraaires s'imposant aux parties concernées, puissent faire l'objet de poursuites devant les juridictions pénales d'un État étranger, pour des actes relevant de l'exercice de la souveraineté de l'État ; qu'il n'appartient qu'à la communauté internationale de fixer les éventuelles limites de ce principe, lorsqu'il peut être confronté à d'autres valeurs reconnues par cette communauté, et notamment celle de la prohibition des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité ; qu'en l'état actuel du droit international, de tels crimes, quelle qu'en soit la gravité, ne relèvent pas des exceptions au principe de l'immunité de juridiction ; que, pour juger que M. [K] ne pouvait se prévaloir de l'immunité fonctionnelle reconnue aux agents d'un État étranger devant les juridictions françaises et rejeter en conséquence sa requête en nullité, la chambre de l'instruction, après avoir constaté que les faits reprochés au mis en examen constituaient des actes relevant de la souveraineté de l'État syrien et qu'ils avaient été prétendument commis dans l'exercice des fonctions de gouverneur de la Banque centrale de Syrie qu'il occupait (arrêt attaqué, pp.14-16), a retenu qu'en vertu d'une interprétation évolutive du droit des immunités, les crimes de guerre et crimes contre l'humanité constituaient une exception justifiant d'exclure M. [K] du bénéfice de l'immunité fonctionnelle à laquelle il pouvait prétendre (arrêt attaqué, pp. 17-18) ; qu'en faisant de la sorte application d'une exception au principe d'immunité de juridiction qui n'est pas consacrée à ce jour par la communauté internationale, la chambre de l'instruction a violé les principes de droit international relatifs à l'immunité de juridiction des États étrangers.

Dans ses développements, le mémoire ampliatif fait valoir que, si la question de possibles dérogations ou exceptions à l'application de l'immunité de juridiction est actuellement débattue au sein de la communauté internationale – à laquelle, seule, il appartient de se prononcer – aucune règle de droit positif n'est, à ce jour, consacrée en ce sens.

Source de droit non écrit, la coutume internationale suppose la réunion de deux éléments – objectif et subjectif – tenant, d'une part, à la constatation d'une pratique constante, uniforme et étendue des États, d'autre part, à leur conscience d'être liés par une obligation juridique et à la conviction que cette dernière impose un comportement spécifique.

Le seul développement d'une pratique donnée par certains membres de la communauté internationale ou l'expression d'une volonté de poursuivre certains objectifs ne suffisent pas à caractériser l'existence d'une règle coutumière contraignante. Ainsi, s'agissant des possibles dérogations au principe de l'immunité en présence de crimes internationaux, les conditions relatives à l'existence d'une coutume internationale ne sont manifestement pas réunies. Notamment, aucun des éléments mis en avant par la chambre de l'instruction ne suffit à révéler une pratique suffisamment uniforme, étendue, représentative et durable, reconnue contraignante, pour être regardée comme constitutive d'une limite au principe d'immunité de juridiction. Tirant les conséquences de cette absence de consensus, la chambre criminelle a réaffirmé récemment, et à plusieurs reprises, qu'il n'existait pas à ce jour

de dérogation au bénéfice de l'immunité, quelle que soit la gravité des infractions en cause.

Le mémoire conclut que la dérogation au principe de l'immunité de juridiction des États, mise en œuvre en l'espèce par la chambre de l'instruction, repose sur des considérations qui, tout au plus, sont de droit prospectif – et, en réalité, positivement exclues par la Cour de cassation – et demeurent sujettes à discussion au sein de la communauté internationale à laquelle il revient, seule, de se prononcer.

Il ajoute que la Cour de cassation ne saurait, sans méconnaître elle-même le droit coutumier international dans son état actuel, se saisir de la présente affaire pour retenir une exception au principe de l'immunité de juridiction en raison de la nature des infractions en cause, en l'absence de tout consensus matériel et intentionnel au sein de la communauté internationale pour consacrer pareille dérogation.

Il est par conséquent demandé la cassation totale de l'arrêt, sans renvoi, et l'annulation de la mise en examen.

La motivation de l'arrêt attaqué

L'arrêt a d'abord examiné (1/ pp.14 et 15) l'application ou non du bénéfice de l'immunité *rationae materiae* à M. [K] dans l'exercice de ses fonctions de gouverneur de la Banque centrale de Syrie entre 2011 et 2016.

Il a, à cet égard, constaté que la Banque centrale de Syrie ne présente aucune indépendance réelle à l'égard de l'État syrien, dont elle apparaît constituer une émanation. Dès lors, la banque centrale et ses agents, dont son gouverneur exerçant ses fonctions sous l'autorité des organes du pouvoir exécutif, sont susceptibles de bénéficier de l'immunité pénale fonctionnelle.

Puis, il a analysé si les actes accomplis par l'intéressé dans le cadre de ses fonctions constituaient des actes de gestion ou des actes de puissance publique relevant de la souveraineté des États (2/ pp. 15 et 16).

S'agissant du délit de blanchiment du produit des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre, il a retenu que les éléments matériels de ce délit ne s'inscrivent pas dans la continuité des actes relevant de la souveraineté de l'État et sont exclus du périmètre de l'immunité.

Il a énoncé, en revanche, « *que les actes accomplis et reprochés à [Y] [K], tel le déblocage de fonds en vue de verser des récompenses à des unités des forces armées ou de sécurité du régime syrien, ou la signature de directives en vue de renforcer le contrôle des bureaux de change, de collecter des informations sur les transferts de fonds en vue d'identifier des opposants et alimenter les services de sécurité, ou encore le contournement des sanctions économiques européennes et américaines par l'impression de livres syriennes en Russie en vue de soutenir l'économie du régime, s'analysent comme des actes de puissance publique intrinsèquement liés à ses fonctions de gouverneur de la banque centrale, relevant*

d'actes de puissance publique liés à la souveraineté de l'État, et non comme des actes privés de gestion administrative ou commerciale au sens où la jurisprudence les a définis.

Ces actes sont dès lors directement concernés par le bénéfice de l'immunité de juridiction ».

Enfin, il s'est prononcé sur l'application ou l'exclusion du bénéfice de l'immunité fonctionnelle au regard des qualifications criminelles pour lesquelles M. [K] a été mis en examen (3/ pp.16 à 18).

L'arrêt a relevé :

« L'immunité internationale constitue un privilège de juridiction, trouvant sa source dans la coutume internationale, illustré par la maxime par in parem non habet imperium, et destiné à garantir le respect de sa souveraineté lorsque ses agents, sa législation ou ses biens sont en rapport direct avec la souveraineté territoriale d'un autre État.

En l'absence de convention applicable, l'immunité fonctionnelle est régie par le droit international coutumier, source du droit international définie par l'article 38 du statut de la Cour Internationale de justice comme " la pratique générale acceptée comme étant le droit ".

Le conseil du requérant soutient à juste titre que le droit positif n'a cependant pas admis d'exception à l'immunité fonctionnelle tiré de la violation du jus cogens en raison de la nature des crimes internationaux.

Toutefois, la chambre criminelle de la Cour de cassation a rappelé à plusieurs reprises le principe de l'existence des immunités fonctionnelles, tout en leur reconnaissant des limites, dans des espèces ne concernant pas les crimes contre l'humanité ou les crimes de guerre.

Ainsi dans une affaire mettant en cause de hauts fonctionnaires sénégalais pour des infractions d'homicide involontaire et blessures involontaires résultant de graves violations des règlements internationaux de navigation et de sécurité, ayant entraîné le naufrage du navire Joola, elle a jugé que « en l'état du droit international, les infractions susvisées, qu'elle qu'en soit la gravité, ne relèvent pas des exceptions au principe de l'immunité des représentants de l'État dans l'expression de sa souveraineté » (Crim., 16 octobre 2018, n° 16-84.436, ; JurisData n° 2018-017992 ; Dr. pén. 2019, comm.1, obs. A. Gogorza).

De même, dans une affaire concernant des actes de torture que deux ressortissants français disaient avoir subis à la prison de [Localité 4], la Chambre criminelle, après avoir rappelé le principe selon lequel la coutume internationale s'oppose à ce que les agents d'un État puissent faire l'objet de poursuites, pour des actes de souveraineté, devant les juridictions pénales d'un État étranger, insiste à nouveau sur le fait que « il appartient à la communauté internationale de fixer les éventuelles limites de ce principe notamment lorsqu'il peut être confronté à d'autres valeurs reconnues par

cette communauté, et notamment celle de la prohibition de la torture » (Crim. 13 janv. 2021, n° 20-80.511 ; JurisData n° 2021-000150 ; Dr. pén. 2021, comm. 67, obs. A. Gogorza).

Ces décisions confortent ainsi le rôle de la communauté internationale dans la détermination des exclusions susceptibles d'être appliquées à l'immunité fonctionnelle.

Cette limite peut être tirée des normes de jus cogens, ou norme impérative, définie par l'article 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969 (non ratifiée par la France) : "une norme impérative du droit international général est une norme acceptée et reconnue par la communauté internationale des États dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère".

En droit interne, si la Cour de cassation n'a pas encore pu directement se prononcer sur la question de savoir si les crimes internationaux, auxquels se rattachent les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre, constituent des normes de jus cogens, et si ces dernières sont susceptibles de constituer une limite au principe d'immunité, elle a dans un arrêt du 9 mars 2011, jugé qu'une norme de jus cogens "prime sur les autres règles du droit international et peut constituer une restriction légitime à l'immunité de juridiction" (Crim. 9 mars 2011 n°09-14.743)³.

Or, comme le souligne le conseil des parties civiles, s'agissant des crimes internationaux, au rang desquels figurent les crimes de guerre et crimes contre l'humanité, la communauté internationale s'inscrit depuis plusieurs années dans un objectif de lutte contre l'impunité de ces crimes internationaux en poursuivant leurs auteurs, et ce au travers des dispositions conventionnelles et de la jurisprudence.

Ainsi, la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide du 9 décembre 1948 prévoit la poursuite des auteurs de ces crimes "qu'ils soient des gouvernants, des fonctionnaires ou des particuliers".

Il en est de même de la Convention internationale contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants du 10 décembre 1984 prévoyant une obligation d'extradition pour ses auteurs.

S'agissant des crimes contre l'humanité, plusieurs résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies et de la Commission des droits de l'homme, le projet de Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité adopté par la

³ En réalité, il s'agit d'un arrêt publié de la 1^{re} chambre civile (1^{re} Civ., 9 mars 2011, pourvoi n° 09-14.743, Bull. 2011, I, n° 49), dont le sommaire est : « A supposer que l'interdiction des actes de terrorisme puisse être mise au rang de norme de jus cogens du droit international, laquelle prime les autres règles du droit international et peut constituer une restriction légitime à l'immunité de juridiction, une telle restriction serait en l'espèce disproportionnée au regard du but poursuivi dès lors que la mise en cause de l'État étranger n'est pas fondée sur la commission des actes de terrorisme mais sur sa responsabilité morale ».

Commission en 1996, prévoient que la répression des crimes contre l'humanité s'impose coutumièrement aux États.

De même, la Convention des Nations Unies sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et contre l'humanité adoptée en 1968 mentionne en son préambule que " les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité comptent au nombre des crimes de droit international les plus graves ".

Cette évolution est également confortée dans le cadre des sessions des Nations Unies par le soutien de nombreux États, dont la France, à l'élaboration d'un traité relatif à la prévention et la répression des crimes contre l'humanité, mais aussi par d'autres accords tels que la convention de Ljubljana-La Haye adoptée le 26 mai 2003 rappelant en préambule la responsabilité première des États pour enquêter sur les crimes internationaux et de poursuivre les auteurs présumés de ces crimes, ou encore le Statut de Rome instituant la Cour pénale internationale et ratifié par 124 États dont la France en 2010, affirmant que les crimes les plus graves qui touchent l'ensemble de la communauté internationale ne sauraient rester impunis et que leur répression doit être effectivement assurée par des mesures prises dans le cadre national et pour le renforcement de la coopération internationale, et rappelant que déterminés à mettre un terme à l'impunité des auteurs de ces crimes, il est du devoir de chaque État de soumettre à sa juridiction criminelle les responsables de crimes internationaux.

Dans son rapport de septembre 2022 sur les travaux de sa 73^{ème} session, la Commission du droit international des Nations Unies estime qu'il y a lieu de tenir compte « des acquis du droit pénal international que sont l'incrimination et la sanction des crimes de droit international les plus graves, la reconnaissance du principe de responsabilité comme un de ses éléments constitutifs, et le renforcement de la lutte contre l'impunité, considérée comme un objectif de la communauté internationale » et que « il importe d'éviter que l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État n'entraîne l'impunité pour les crimes de droit international les plus graves » (Rapport 2022 A/77/10, page 209 et note de bas de page 902).

Les juridictions internationales ont également statué en ce sens en rejetant à plusieurs reprises l'application de l'immunité fonctionnelle pour des crimes internationaux, dans le cas de génocide (CIJ. 3 février 2006, RDC c/ Rwanda (aff. Des activités armées sur le territoire du Congo), § 64-7040), d'atteintes à la personne faisant l'objet d'une prohibition absolue comme la torture (CIJ. 20 juillet 2012, Belgique c/ Sénégal, § 99- TPIY, 10 décembre 1998, Procureur c/ Furundzija-CEDH, 21 novembre 2001, Al-Adsani c/ R.-U, § 61 et 12 novembre 2008, Demir et Baykara, § 73- TPICE, 21 septembre 2005, Ahmed Ali Yusuf et Al Barakaat International foundation c/ Conseil), ou encore pour des crimes contre l'humanité (TPTY, Ch. d'appel, le Procureur c. Blaskic, Arrêt relatif à la requête de la république de Croatie aux fins d'examen de la décision de la chambre de première instance rendue le 18 juillet 1997, 29 octobre 1997, IT-95-14-AR 108, § 38: " les responsables de ces crimes ne peuvent invoquer l'immunité à l'égard des juridictions nationales ou internationales, même s'ils ont commis ces crimes dans le cadre de leurs fonctions officielles " : TPIY, Ch. 1^{ère} instance, le Procureur c. Furundzija, Jugement, 10 décembre 1998, IT-95-17/1-t, § 125 : " Les auteurs de ces actes ne peuvent

invoquer leur qualité officielle pour se soustraire à la procédure normale ou se mettre à l'abri du châtement »).

Cette interprétation évolutive du droit des immunités correspond également à plusieurs décisions nationales d'États parties à la CEDH, ayant également écarté l'immunité de juridiction en raison de la nature des crimes internationaux.

La Cour suprême grecque, notamment, estime que « selon l'opinion dominante dans la théorie et la pratique contemporaines du droit international, à laquelle cette Cour souscrit également, il est admis que l'État ne peut invoquer l'immunité lorsque le fait qui lui est imputé a été perpétré en violation d'une règle de jus cogens ». Par son arrêt du 4 mai 2000 relatif au massacre de la population du village de Distomo en 1944 par les troupes d'occupation allemandes, elle a confirmé le jugement des juridictions inférieures, refusant d'accorder le bénéfice de l'immunité pour des actes de jus imperii au motif qu'en violant les règles impératives du droit international, l'Allemagne avait renoncé tacitement à son immunité (Préfecture de Voiotia c/ République Fédérale d'Allemagne, 04 mai 2000, n°1 1/2000).

En l'espèce, les infractions des chefs desquelles [Y] [K] dit [Y] [K] est mis en examen, relèvent de la catégorie des crimes les plus graves en raison de l'atteinte portée aux populations et aux valeurs fondamentales des États démocratiques. Ces crimes internationaux ne sauraient être couverts par le principe d'immunité et permettre une impunité à ses auteurs.

Par conséquent il y a lieu d'admettre que la nature des infractions reprochées à l'intéressé constitue une exception justifiant l'exclusion du bénéfice de l'immunité fonctionnelle d'un agent devant une juridiction étrangère et en l'espèce devant les juridictions françaises ».

L'analyse du mémoire en défense

Le mémoire en défense de la [2] et du [1] soutient que la chambre criminelle admet l'existence d'exceptions au principe de l'immunité de juridiction s'agissant de certaines infractions graves et qu'il appartient à la communauté internationale de fixer les éventuelles limites au principe des immunités fonctionnelles.

Or, il est établi que la communauté internationale a reconnu dans son ensemble que la lutte contre l'impunité des crimes internationaux constitue l'une de ses valeurs fondamentales, au sens de l'arrêt rendu par la chambre criminelle le 13 janvier 2021.

En l'état actuel du droit international, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre relèvent des exceptions au principe de l'immunité de juridiction.

3. DISCUSSION

Propos liminaires : le fondement de la compétence des juridictions françaises

C'est la compétence personnelle active qui fonde la compétence des juridictions françaises pour connaître de ce dossier. En effet, M. [K] possède la nationalité française depuis 1993.

Article 689 du code de procédure pénale

« Les auteurs ou complices d'infractions commises hors du territoire de la République peuvent être poursuivis et jugés par les juridictions françaises soit lorsque, conformément aux dispositions du livre Ier du code pénal ou d'un autre texte législatif, la loi française est applicable, soit lorsqu'une convention internationale ou un acte pris en application du traité instituant les Communautés européennes donne compétence aux juridictions françaises pour connaître de l'infraction ».

Article 113-6 du code pénal

« La loi pénale française est applicable à tout crime commis par un Français hors du territoire de la République.

Elle est applicable aux délits commis par des Français hors du territoire de la République si les faits sont punis par la législation du pays où ils ont été commis.

Elle est applicable aux infractions aux dispositions du règlement (CE) n° 561/2006 du Parlement européen et du Conseil du 15 mars 2006 relatif à l'harmonisation de certaines dispositions de la législation sociale dans le domaine des transports par route, commises dans un autre État membre de l'Union européenne et constatées en France, sous réserve des dispositions de l'article 692 du code de procédure pénale ou de la justification d'une sanction administrative qui a été exécutée ou ne peut plus être mise à exécution.

Il est fait application du présent article lors même que le prévenu aurait acquis la nationalité française postérieurement au fait qui lui est imputé ».

Article 121-6 du code pénal

« Sera puni comme auteur le complice de l'infraction, au sens de l'article 121-7 ».

Une personne qui possède à la fois une nationalité étrangère et la nationalité française relève de la compétence personnelle active des tribunaux français (Crim., 12 novembre 1997, pourvoi n° 94-84.452, 93-85.278, Bull. crim. 1997, n° 383).

Il convient de noter, pour mémoire, que la question de la compétence de la juridiction française pour connaître de la complicité d'une infraction commise à l'étranger par un auteur principal étranger est discutée en doctrine.

Ainsi, selon le JurisClasseur⁴ :

« § 6 Complicité à l'étranger d'une infraction commise à l'étranger

La doctrine est très divisée sur cette hypothèse. Certains auteurs, envisageant le cas où l'infraction principale ne relève pas de la compétence des tribunaux répressifs français, estiment que ceux-ci peuvent juger le complice s'il possède la nationalité française : il y aurait là une compétence personnelle française complémentaire que justifierait l'article 121-6 du Code pénal qui assimile le complice à un auteur (V. A. Fournier, La répression de la

⁴ André Huet, Renée Koering-Joulin, Kevin Mariat, « Compétence des tribunaux répressifs français et de la loi pénale française. – Infractions commises à l'étranger », J.-Cl. Droit international, Fasc. 403-20.

complicité et ses avatars en droit pénal international : RSC 2003, p. 13, spéc. p. 29 s. - D. Brach-Thiel : Rép. dr. pén. Dalloz, V° Compétence internationale, n° 193 s.). Une autre opinion - proche de la théorie de la complicité-criminalité d'emprunt - voudrait distinguer selon que l'infraction principale commise à l'étranger relève ou ne relève pas de la compétence des tribunaux français : ceux-ci pourraient juger le complice dans le premier cas, mais ils ne le pourraient pas dans le second, même si le complice est Français (V. A. Huet et R. Koering-Joulin, Droit pénal international : PUF, 3e éd., 2005, n° 141, p. 238, qui excluent toute compétence française complémentaire dans ce second cas). Enfin, invoquant le principe de légalité, un auteur exclut dans tous les cas une compétence française complémentaire, puisqu'il est toujours favorable à l'impunité du complice sans distinguer selon que l'infraction principale relève ou non de la compétence des juridictions pénales françaises (E. Dreyer, Droit pénal général : LexisNexis, 6e éd., 2021, n° 2032). La jurisprudence semble toutefois admettre la compétence des juridictions françaises pour connaître d'un acte de complicité commis à l'étranger par un ressortissant français alors même que l'infraction principale ne relèverait pas de la compétence des juridictions françaises (Cass. crim., 23 janv. 2019, n° 18-80.842, inédit, pour une complicité d'actes dont la qualification de violence pourrait leur faire échapper à la compétence des juridictions françaises : JurisData n° 2019-000660 . - V. A. Giudicelli, Actualité de la compétence universelle : RSC 2019, p. 479) ».

Selon Laurent Desessard⁵, l'article 113-6 du code pénal et le principe de la compétence personnelle active ne permettent pas d'appliquer la loi pénale française aux infractions commises à l'étranger par un étranger impliquant un complice de nationalité française ayant lui-même agi à l'étranger.

Alain Fournier⁶, quant à lui, suggère d'admettre la compétence des juridictions françaises à l'égard du complice dans un tel cas :

« 46. Assurément, règne un certain flou législatif, éveillant tendance à solliciter quelque peu les textes. Aussi, en complément de la position de ces auteurs, allons-nous pareillement succomber à cette incontournable tentation aux fins comme ces derniers de colmater les brèches. Il s'agit de l'hypothèse où le complice seul est français : est-il bien judicieux et fondé de persister à subordonner à la nationalité française de l'auteur principal le jeu de notre compétence personnelle active au Français complice ? Pourquoi ne point s'orienter plutôt, au regard de la compétence, favorablement à un système de complicité criminalité distincte et soumettre le complice français (non extradable, si besoin est de le rappeler) d'un auteur principal étranger à la compétence personnelle active de nos tribunaux ?

47. La solution traditionnelle jusqu'ici contraire est l'oeuvre d'une jurisprudence séculaire, de nos jours obsolète, laquelle s'inscrit jadis sous un contexte peu favorable à l'essor de la compétence répressive internationale. Pareille conception à ce point restrictive de notre système personnaliste ne recevrait-elle point d'ailleurs condamnation par le législateur lui-même ? Il suffirait, semble-t-il, pour s'en convaincre de se référer à notre droit pénal interne de la complicité tel qu'il reçoit à présent consécration selon les termes de l'article 121-6 du

⁵ Laurent Desessard, « Application de la loi pénale dans l'espace. Infractions commises hors du territoire de la République », J.-Cl. Pénal 2023, Fasc. 20, n° 19.

⁶ Alain Fournier, « La répression de la complicité et ses avatars en droit pénal international », RSC 2003, p.13.

nouveau code pénal : « Sera puni comme auteur le complice de l'infraction.. ». Ce texte n'implique-t-il pas que désormais, le complice français relève de notre compétence personnelle active et devient justiciable à ce titre de nos tribunaux comme si lui-même était auteur du crime ou délit, tandis que l'auteur principal étranger lui échappe comme auparavant ?

48. Semblable orientation ne trahirait en rien les intentions du législateur. Elle offre de surcroît le mérite de contourner l'impunité si ce complice français est de retour en France avant poursuites à l'étranger où il aura agi ».

Dans le sens de la compétence des juridictions françaises, on peut citer un arrêt du 23 janvier 2019 (Crim., 23 janvier 2019, pourvoi n° 18-80.842) :

« Vu l'article 593 du code de procédure pénale ;

Attendu que tout arrêt de la chambre de l'instruction doit comporter les motifs propres à justifier la décision ; que l'insuffisance ou la contradiction des motifs équivaut à leur absence ;

Attendu qu'il résulte de l'arrêt attaqué et des pièces de la procédure que, le 12 juillet 2016, M. C... Y... , député de nationalité tchadienne, a déposé une plainte avec constitution de partie civile auprès du doyen des juges d'instruction de Paris, qu'il a exposé avoir été arrêté puis emprisonné en février 2008 au cours de la vague d'arrestations d'opposants à N'Djamena, menée en réponse à l'attaque des rebelles dans la capitale, qu'il a été frappé à coups de pied et de poing portés au visage, au crâne, au cou, aux reins, aux côtes, à l'abdomen et dans les testicules, qu'il a passé les dix-neuf jours de sa détention enchaîné 24 heures sur 24, avec une grosse chaîne, assis à même le sol, que, le 21 février 2008, il a été conduit dans un cimetière où deux "tueurs à gages" ont simulé son exécution, qu'il a fait état de suspicions à l'encontre, notamment, de M. A..., ressortissant tchadien, possédant une résidence secondaire en France, et de M. Z..., ancien capitaine de la police française, mis à la disposition du Tchad dans le cadre de la coopération, que M. Y... a déposé, à l'appui de ses dires, un ouvrage rédigé par ses soins en 2010, relatant en détail tous ces faits ; que le magistrat instructeur a rendu le 26 septembre 2017 une ordonnance d'incompétence ; que la partie civile a formé appel de cette décision ;

Attendu que pour confirmer l'ordonnance entreprise, l'arrêt relève [...] ;

Mais attendu qu'en disposant ainsi, sans mieux rechercher, d'une part, si le fait de subir un simulacre d'exécution, tel que décrit par le plaignant, pris en lui-même ou cumulé aux violences dont il a signalé l'existence, ne caractérisait pas un acte de torture au sens de l'article 1er de la Convention de New-York et de l'article 222-1 du code pénal, de sorte que les faits imputés à M. A... fonderaient à eux-seuls la compétence de la loi française, d'autre part, si la compétence de cette loi ne pouvait être également retenue au titre de la possible implication, à titre de complice, de M. Z..., ressortissant français, la chambre de l'instruction n'a pas justifié sa décision ;»

L'interprétation de cet arrêt est néanmoins délicate compte tenu des dispositions de l'article 689-2 du code de procédure pénale, qui donnent compétence aux juridictions françaises pour poursuivre et juger, si elle se trouve en France, toute personne, auteur ou complice, française ou étrangère, qui s'est rendue coupable, hors du territoire de la République, de faits entrant dans le champ d'application de la

Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, adoptée à New York le 10 décembre 1984.

André Giudicelli⁷ commente ainsi cet arrêt : « L'arrêt de la Chambre criminelle rouvre ainsi la possibilité d'une compétence universelle du juge pénal français, voire d'une compétence de celui-ci à connaître de l'acte de complicité commis à l'étranger par un ressortissant français. Cette volonté de défendre la compétence de la justice française dans un tel contexte s'explique très bien, pour différentes raisons ».

L'assemblée plénière pourra éventuellement s'interroger sur le point de savoir si les termes des dispositions combinées des articles 689 du code de procédure pénale, 113-6 et 121-6 du code pénal permettent de retenir la compétence personnelle active des juridictions françaises s'agissant du complice, et ce même si la question n'est pas posée par le pourvoi.

3.1 Sources, objet et champ d'application de l'immunité de juridiction fonctionnelle

3.1.1 Un droit coutumier

A titre préliminaire, on observera que la question est celle de l'immunité pénale des représentants de l'État, non celle de l'État. En effet, les États ne peuvent pas être pénalement responsables, comme le précise l'article 121-2 du code pénal qui s'applique aussi bien à l'État français qu'aux États étrangers.

Les seules conventions internationales traitant des immunités concernent les immunités diplomatiques ou consulaires.

Ainsi, la Convention de Vienne du 18 avril 1961 sur les relations diplomatiques prévoit, dans son article 31.1 : « L'agent diplomatique jouit de l'immunité de la juridiction pénale de l'État accréditaire ».

La Convention de Vienne du 24 avril 1963 sur les relations consulaires accorde aussi, mais de manière beaucoup plus restrictive, le bénéfice d'une immunité de juridiction pénale aux fonctionnaires consulaires et aux employés consulaires.

Enfin, la Convention de Vienne du 14 mars 1975 régit la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel.

Hors ces conventions, en droit français, aucun texte ne régit les immunités en droit international⁸.

⁷ André Giudicelli, « Actualité de la compétence internationale », *RSC* 2019, p. 479.

⁸ Il existe des dispositions légales par exemple en Belgique et aux Pays Bas. En Espagne, l'article 23 de la loi organique du 27 octobre 2015 sur les immunités prévoit que l'immunité fonctionnelle doit être exclue pour les crimes internationaux.

Il convient néanmoins de souligner que, lors des travaux parlementaires afférents à la loi n° 2010-930 du 9 août 2010, portant adaptation du droit pénal à l'institution de la Cour pénale internationale, des amendements visant à limiter l'immunité, tant personnelle que matérielle, des agents de l'État, ont été proposés au Sénat, puis à l'Assemblée nationale.

Ainsi, M. [PQ] [RS], sénateur, s'est exprimé pour soutenir l'un de ces amendements en ces termes :

« Le projet de loi ne comporte aucune disposition relative au défaut de pertinence de la qualité officielle en matière de mise en œuvre de la responsabilité pénale.

Pourtant, dans le chapitre relatif aux principes généraux du droit, l'article 27 du statut de Rome indique clairement que le statut " s'applique à tous de manière égale, sans aucune distinction fondée sur la qualité officielle ". Ce même article précise en outre que " la qualité officielle de chef d'État ou de gouvernement, de membre d'un gouvernement ou d'un parlement, de représentant élu ou d'agent d'un État, n'exonère en aucun cas de la responsabilité pénale [...], pas plus qu'elle ne constitue en tant que telle un motif de réduction de la peine. "

Aussi notre amendement a-t-il pour objet d'insérer le principe énoncé à l'article 27 du statut de Rome dans le projet de loi d'adaptation de notre législation interne, afin d'éviter toute divergence avec le statut de Rome de la Cour pénale internationale.

Ne pas reconnaître que la qualité officielle d'une personne ne saurait constituer un motif d'irresponsabilité pénale serait contraire à l'État de droit et à l'égalité des citoyens devant la loi, y compris la loi pénale.

La délicate question de l'immunité attachée aux gouvernants ne devrait d'ailleurs pas soulever de difficultés particulières en France au regard de la jurisprudence. En effet, la Cour de cassation a jugé, en mars 2001, dans l'affaire [GH], qu'il pouvait y avoir des exceptions au principe international coutumier selon lequel les chefs d'État et les gouvernants en exercice ne peuvent faire l'objet de poursuites devant les juridictions pénales d'un État étranger. Elle n'a pas précisé quelles étaient ces exceptions, mais, selon la doctrine, il semble admis que celles-ci concernent les hypothèses de crimes contre la paix, de crimes de guerre, de crimes contre l'humanité et de crimes de génocide, conformément aux sources qui excluent l'immunité du chef d'État étranger pour ces quatre catégories de crimes ».

Aucun de ces amendements n'a été adopté.

La jurisprudence de la chambre criminelle (cf. *infra*) se réfère donc à la « coutume internationale », qui découle de la pratique des États.

Selon l'article 38 du statut de la Cour internationale de justice⁹, il s'agit d'une « pratique générale acceptée comme étant le droit ». Elle est donc constituée de deux éléments, une pratique générale et l'*opinio juris*.

La Cour internationale de justice évoque, dans son arrêt *Plateau continental de la mer du Nord*, une « *pratique fréquente [...] et pratiquement uniforme dans le sens de la disposition invoquée*¹⁰. Pour constituer l'*opinio juris*, les actes considérés doivent témoigner, par leur nature ou la manière dont ils sont accomplis, de la conviction que cette pratique est rendue obligatoire par l'existence d'une règle de droit. [...] Les États intéressés doivent donc avoir le sentiment de se conformer à ce qui équivaut à une obligation juridique »¹¹.

Selon Raphaële Rivier¹², la pratique coutumière consiste en une répétition de précédents concordants.

Mais la règle coutumière est « manifestée à l'occasion de précédents institués dès le départ comme mode de production du droit, et non progressivement en conséquence de leur répétition ». L'auteure relève ainsi que cette stratégie normative s'affirme à l'heure actuelle de façon particulièrement nette dans le domaine du droit international des immunités où plusieurs États expriment à travers leurs juridictions suprêmes ou leurs organes législatifs une prétention à changer l'état du droit existant dans le sens d'une augmentation des exceptions à l'immunité de l'État.

Selon Ioannis Prezas : « En tranchant une question relative à l'immunité de l'État étranger même en vertu d'une loi nationale, les tribunaux du for se croient en effet liés par une règle internationale leur imposant de l'accorder dans certains cas. De ce point de vue, lorsqu'elles sont convergentes, les pratiques judiciaires nationales véhiculant l'*opinio juris* des différents États se trouvent incontestablement à l'origine de règles de droit international général. La convergence est par ailleurs tout particulièrement facilitée par le dialogue des juges nationaux, européens et internationaux qui s'inspirent régulièrement les uns des autres, dans une logique d'influence réciproque »¹³.

⁹ La Cour internationale de justice est l'organe judiciaire principal des Nations unies. Elle règle, conformément au droit international, les différends juridiques qui lui sont soumis par les États.

¹⁰ *Plateau continental de la mer du Nord*, arrêt, CIJ Recueil 1969, § 74.

¹¹ *Plateau continental de la mer du Nord*, arrêt, CIJ Recueil 1969, § 77.

¹² Raphaële Rivier, *Droit international public*, 3^e édition, Thémis Droit, 2017, n° 167 et s.

¹³ Ioannis Prezas, « Immunités internationales », J.-Cl. Droit international, 1er octobre 2022, Fasc. 409-50.

Ainsi, la coutume internationale revêt un caractère dynamique : au-delà d'être une norme et une source, le droit coutumier est également un processus¹⁴, dans lequel les tribunaux nationaux jouent un rôle important¹⁵.

3.1.2 L'objet de l'immunité

La théorie des immunités trouve son origine dans le principe de l'égalité souveraine des États, aussi énoncé sous la forme de la locution latine *par in parem non habet imperium*.

La *ratio legis* de l'immunité de juridiction fonctionnelle est, selon Raphaële Rivier¹⁶, la suivante : « un agent d'un État ne doit pas être soumis à la juridiction étrangère à raison de comportements internationalement imputables à l'État pour le compte duquel il a agi, car cela reviendrait, à travers lui, à juger cet État souverain ».

En ce sens, on peut citer l'arrêt du 4 juin 2008¹⁷ par lequel la Cour internationale de justice explicite :

« 187. C'est à l'audience que Djibouti a, pour la toute première fois, reformulé ses demandes concernant le procureur de la République et le chef de la sécurité nationale. Il a alors été soutenu que le procureur de la République et le chef de la sécurité nationale bénéficiaient d'immunités fonctionnelles :

«Ce que la Partie djiboutienne demande à la Cour [, c']est de reconnaître qu'un État ne saurait considérer une personne revêtant la qualité d'organe d'un autre État comme pénalement responsable, à titre individuel, des actes accomplis en cette qualité officielle, c'est-à-dire dans l'exercice de ses fonctions. Ces actes, en effet, sont à considérer, en droit international, comme attribuables à l'État pour le compte duquel l'organe agit, et non pas à l'individu-organe.»

188. La Cour relève que soutenir une telle thèse revient, en substance, à invoquer l'immunité de l'État djiboutien, dont le procureur de la République et le chef de la sécurité nationale seraient censés bénéficier ».

Pour des raisons procédurales, sur lesquelles nous reviendrons, cette thèse n'a pas été accueillie devant la Cour internationale de justice.

Dans l'arrêt Jones¹⁸, qui concerne des actions civiles, la Cour européenne des droits de l'homme énonce :

¹⁴ En ce sens, voir Hélène Ruiz Fabri, Lorenzo Gradoni, « Coutume », Répertoire de droit international, Dalloz, avril 2017, n° 6 à 17.

¹⁵ En ce sens, Cinquième rapport sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État, établi par Concepción Escobar Hernández, Rapporteuse spéciale, A/CN.4/701, par. 187, pp. 79-80 .

¹⁶ Raphaële Rivier, Avis de droit rendu sur demande du [1] notamment (production n° 1 du MED au bureau virtuel, § 11).

¹⁷ Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France), arrêt, C.I.J. Recueil 2008, § 187 et s.

« 200. En ce qui concerne la légitimité du but poursuivi par la restriction à l'accès aux tribunaux, il y a lieu de noter que, dans les affaires d'immunité d'État examinées auparavant par la Cour, l'action au civil en cause avait été dirigée contre l'État lui-même et non contre des individus désignés nommément. L'immunité qui s'applique lorsque l'affaire concerne des agents d'État n'en demeure pas moins celle de l'« État » : c'est lui qui l'invoque et peut y renoncer. Là où, comme en l'espèce, l'octroi de l'immunité *ratione materiae* à des agents vise au respect des règles de droit international régissant l'immunité d'État, le but de la limitation de l'accès aux tribunaux est tout aussi légitime que lorsque l'immunité est accordée à l'État lui-même. [...] »

204. Le poids des éléments faisant autorité sur le plan international et sur le plan national vient donc renforcer l'idée que l'immunité de l'État offre en principe aux employés ou agents d'un État étranger, à raison des actes accomplis pour le compte de celui-ci, une protection sous le même voile que celui qui protège l'État lui-même ».

L'immunité fonctionnelle est par conséquent le reflet, en matière pénale, de l'immunité de l'État lui-même.

Ainsi, lorsque les faits dénoncés sont reprochés à des agents de l'État, agissant dans l'exercice de leurs fonctions, ils constituent des actes imputables à l'État dont ils constituent une émanation (Crim., 6 juin 2023, pourvoi n° 22-82.469 : cet arrêt concernait des magistrats de l'ordre judiciaire et un membre du gouvernement du Sénégal).

La Commission du droit international¹⁹, dans son cinquième rapport²⁰, indique, de façon générale, sur les immunités :

« Comme toute limite ou restriction d'un pouvoir souverain de l'État, l'immunité doit être comprise en termes téléologiques : elle est reconnue aux fins de garantir les valeurs, principes et intérêts de la communauté internationale qui se traduisent par l'égalité souveraine, le bon déroulement des fonctions de l'État sans ingérence indue d'un tiers et la stabilité des relations internationales.

¹⁸ CEDH, arrêt du 14 janvier 2014, Affaire Jones et autres c. Royaume-Uni, n° 34356/06 et 40528/06.

¹⁹ La Commission du droit international est un organe des Nations unies, créé par l'Assemblée générale en 1947 pour « entreprendre des études et faire des recommandations dans le but d'encourager le développement progressif du droit international et sa codification ». Elle est composée de 34 experts possédant une compétence reconnue en matière de droit international. L'immunité des agents des États devant les juridictions nationales des autres États est l'un des objets d'étude de cette commission depuis 2006.

²⁰ Cinquième rapport sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État, établi par Concepción Escobar Hernández, Rapporteuse spéciale, A/CN.4/701, n° 147.

L'immunité étant une restriction d'un pouvoir souverain préexistant, il convient de limiter sa portée et son interprétation aux buts recherchés. En particulier, elle ne peut être invoquée que dans l'intérêt de l'État dont elle est censée garantir l'égalité souveraine et pour sauvegarder ses droits et intérêts légitimes protégés par le droit international.

La relation entre exercice de la compétence et immunité doit donc être interprétée en termes dialectiques afin de trouver un juste équilibre entre les droits et intérêts de l'État du for et ceux de l'État du représentant. La question de savoir si c'est l'exercice de la juridiction ou l'immunité qui prime dépendra dans chaque cas des droits et des intérêts en jeu et de l'ensemble des normes, valeurs et principes juridiques sur lesquels ils se fondent ».

3.1.3 Les agents de l'État susceptibles de bénéficier de l'immunité fonctionnelle

Selon Ioannis Prezas²¹, l'immunité fonctionnelle peut potentiellement être invoquée par tous les agents étatiques ne bénéficiant pas d'une immunité personnelle, mais exerçant des fonctions de souveraineté à travers des actes imputables à l'État.

Raphaële Rivier²² relève, dans le même sens, que l'immunité matérielle couvre les actes et comportements étatiques accomplis par l'intermédiaire de n'importe quel agent, de quelque rang qu'il soit. Elle n'est donc pas attachée à la personne même des agents, à leur qualité ou leur position dans l'État.

Selon Emanuel Castellarin²³, l'arrêt Jones de la Cour européenne des droits de l'homme « démontre une conception très large du cercle des personnes protégées, qui sont définies par référence à l'État auquel elles sont rattachées. On pourrait donc conclure que tous les organes étatiques sont en principe bénéficiaires de l'immunité fonctionnelle, dans la mesure où ils exercent des fonctions officielles. Toutefois, il serait plus précis d'exprimer le raisonnement de la Cour EDH en concluant que tous les agents étatiques sont en principe bénéficiaires d'une immunité fonctionnelle ».

La Commission du droit international, dans ses derniers travaux, utilise la notion de représentant de l'État.

Sur la durée d'application de l'immunité, Raphaële Rivier²⁴ relève que, protégeant l'action accomplie en qualité d'agent étatique, cette immunité a un caractère perpétuel. Elle subsiste même lorsque l'agent n'est plus en fonction.

²¹ Ioannis Prezas, « Immunités internationales », J.-Cl. Droit international, 1er octobre 2022, Fasc. 409-50.

²² Raphaële Rivier, *Droit international public*, 3^e édition, Thémis Droit, 2017, n° 338.

²³ Emanuel Castellarin, « L'immunité de juridiction des organes d'État en cas de crimes internationaux », in D. Simon (ss dir.), *Le droit international des immunités : constantes et ruptures*, Pedone, université Paris I Panthéon-Sorbonne - coll. IREDIES, 2015, Perspectives internationales n° 36, p. 69.

²⁴ Ouvrage précité.

Les arrêts de la chambre criminelle ne viennent pas contredire cette assertion.

C'est ainsi que, dans le cadre du présent pourvoi, il importe peu que le demandeur ne soit plus en exercice, puisque l'immunité dont il se prévaut est attachée aux fonctions qu'il a exercées.

Le critère de distinction essentiel paraît donc être celui tenant à la nature des actes (cf. *infra*).

3.1.4 Une immunité invocable devant les juridictions nationales

La question des immunités en droit international se pose aux juridictions nationales. En effet, les statuts des juridictions internationales ou hybrides²⁵ instituées par les États pour juger les auteurs de crimes internationaux écartent expressément toute immunité.

Ainsi, l'article 27-2 du Statut de Rome, qui régit la Cour pénale internationale, prévoit :

« Défaut de pertinence de la qualité officielle

[1. Le présent Statut s'applique à tous de manière égale, sans aucune distinction fondée sur la qualité officielle. En particulier, la qualité officielle de chef d'État ou de gouvernement, de membre d'un gouvernement ou d'un parlement, de représentant élu ou d'agent d'un État, n'exonère en aucun cas de la responsabilité pénale au regard du présent Statut, pas plus qu'elle ne constitue en tant que telle un motif de réduction de la peine.]

2. Les immunités ou règles de procédure spéciales qui peuvent s'attacher à la qualité officielle d'une personne, en vertu du droit interne ou du droit international, n'empêchent pas la Cour d'exercer sa compétence à l'égard de cette personne.²⁶ »

Mais la Cour pénale internationale ne peut exercer sa compétence à l'égard des crimes internationaux que si ceux-ci ont été commis sur le territoire d'un État partie ou par un ressortissant d'un tel État. Or, la Syrie n'est pas un État partie au Statut de Rome²⁷.

²⁵ Tribunal spécial pour la Sierra Leone et chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens.

²⁶ Cf. Commission du droit international, Troisième rapport sur les normes impératives du droit international général (*jus cogens*) présenté par M. Dire Tladi, rapporteur spécial, Soixante-dixième session, Genève, 30 avril-1er juin et 2 juillet-10 août 2018, A/CN.4/714, p. 49 : « Il importe d'opérer une distinction entre les immunités et la non-pertinence de la qualité officielle. L'immunité est un obstacle procédural à la compétence, alors que la non-pertinence de la qualité officielle a un effet quant au fond ».

²⁷ Sur le site du Ministère de l'Europe et des affaires étrangères, il est mentionné que, compte tenu de l'évolution récente de la situation politique en Syrie : « Une ratification du Statut de Rome par la Syrie, assortie d'une déclaration rendant la CPI rétroactivement compétente, pourrait permettre à la CPI de juger des crimes commis sur le territoire syrien depuis le début de la guerre ».

Par ailleurs, la Cour pénale internationale peut également exercer sa compétence pour les crimes qui lui ont été déférés par le Conseil de sécurité, conformément à une résolution adoptée en vertu du chapitre VII de la Charte des Nations unies. Les crimes commis en Syrie n'ont pas été déférés à la Cour par le Conseil de sécurité, les demandes faites en ce sens ayant fait l'objet de vetos de la Chine et de la Russie²⁸.

Ceci amène à se poser la question de savoir si la mise à l'écart des immunités pénales par les statuts des juridictions internationales emporte des conséquences devant les juridictions nationales.

Dans l'arrêt du 6 mai 2019, Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir²⁹, la chambre d'appel de la Cour pénale internationale note que « *l'immunité du chef d'État, invoquée en l'espèce, est, en tant que telle, acceptée en droit international coutumier. Cette immunité empêche un État d'exercer sa juridiction pénale sur le chef d'un autre État. Il est important de souligner qu'une telle immunité s'inscrit dans le cadre des relations interétatiques. Puis elle constate (§114) l'absence d'une règle de droit international coutumier reconnaissant l'immunité des chefs d'État vis-à-vis des juridictions internationales, qui s'explique par le caractère différent des tribunaux internationaux par rapport aux juridictions nationales. Les tribunaux internationaux agissant au nom de la communauté internationale dans son ensemble, le principe du par in parem non habet imperium, qui est fondé sur l'égalité souveraine des États, ne trouve aucune application par rapport à une juridiction internationale telle que la Cour pénale internationale* ».

Dans son arrêt précité du 14 février 2002, dit du mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique), la Cour internationale de justice indique :

La Cour a par ailleurs examiné les règles afférentes à l'immunité ou à la responsabilité pénale des personnes possédant une qualité officielle contenues dans les instruments juridiques créant des juridictions pénales internationales et applicables spécifiquement à celles-ci (voir statut du Tribunal militaire international

²⁸ La France a notamment proposé en 2014 une résolution du Conseil pour déférer à la CPI la situation en Syrie.

Par ailleurs, diverses résolutions du Conseil de sécurité ont été prises à propos de la situation en Syrie, affirmant que l'emploi d'armes chimiques constitue une violation grave du droit international et que *les personnes, entités, groupes ou gouvernements qui y ont recouru de quelque manière que ce soit doivent répondre de leurs actes* (cf. par exemple Résolution 2319 (2016) adoptée par le Conseil de sécurité le 17 novembre 2016).

Un Mécanisme d'enquête conjoint a été instauré : le Mécanisme international, impartial et indépendant chargé de faciliter les enquêtes sur les violations les plus graves du droit international commises en République arabe syrienne depuis mars 2011 et d'aider à juger les personnes qui en sont responsables.

²⁹ CPI, chambre d'appel, 6 mai 2019, Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, ICC-02/05-01/09-397.

de Nuremberg, art. 7 ; statut du Tribunal militaire international de Tokyo, art. 6 ; statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, art. 7, par. 2; statut du Tribunal pénal international pour le Rwanda, art. 6, par. 2 ; statut de la Cour pénale internationale, art. 27). Elle a constaté que ces règles ne lui permettaient pas davantage de conclure à l'existence, en droit international coutumier, d'une telle exception en ce qui concerne les juridictions nationales.

Pierre-Marie Dupuy et Yann Kerbrat³⁰, commentant la décision de la Cour internationale de justice dans l'affaire précitée relative au mandat d'arrêt du 11 avril 2000, ont souligné cependant que « s'agissant du caractère absolu ou relatif des immunités, cette décision refuse [...], mais sans en donner aucune motivation, de déduire de la concordance statutaire des tribunaux pénaux internationaux (y compris la CPI) l'existence d'une règle de droit international général permettant de poursuivre des agents de l'État en exercice pour crimes de guerre ou contre l'humanité », **règle qui, déjà appliquée par le tribunal de Nuremberg, illustre, selon eux**, « la dissociation de la responsabilité de l'individu [en matière de crimes internationaux] de celle de l'État pour des infractions connexes. **Ils ajoutent** : Dans le contexte du nouveau droit international pénal, en effet, les actes de la fonction sont en quelque sorte considérés comme dénaturés par leur caractère criminel ».

L'assemblée plénière appréciera s'il peut se déduire des statuts des juridictions internationales un principe d'exception à l'immunité pour des crimes internationaux poursuivis devant une juridiction nationale.

3.1.5 Qui peut opposer l'immunité de juridiction fonctionnelle ?

Dans le JurisClasseur³¹, André Huet, Renée Koering-Joulin et Kevin Mariat observent « qu'en vertu du Droit international public, ni les tribunaux répressifs français, ni la loi pénale française, ne sont compétents lorsqu'une infraction a été commise par une personne bénéficiaire d'une immunité de juridiction (en réalité, comme son nom l'indique, celle-ci concerne bien davantage le pouvoir de juridiction des tribunaux français, qui en sont privés, que leur compétence proprement dite : elle constitue donc une fin de non-recevoir à l'action publique) ».

Au cas présent, c'est la personne mise en examen qui a opposé l'immunité de juridiction.

Cependant, des interrogations sur la qualité de la personne pouvant invoquer l'immunité ont pu naître à la suite de l'arrêt de la Cour internationale de justice du 4

³⁰ Pierre-Marie Dupuy, Yann Kerbrat, *Droit international public*, 17e éd., Dalloz, 2024, n° 133, p. 154.

³¹ André Huet, Renée Koering-Joulin, Kevin Mariat, « Compétence des tribunaux répressifs français et de la loi pénale française », J.-Cl. Procédure pénale, 1^{er} juin 2024, Art. 689 à 693, Fasc. 20.

juin 2008³². En effet, dans sa décision, la Cour constate, s'agissant de l'immunité de fonctionnaires djiboutiens, que le gouvernement de Djibouti n'avait, à aucun moment, invoqué une quelconque immunité en faveur de ces agents. Puis, elle énonce (§ 196) :

« L'État qui entend invoquer l'immunité pour l'un de ses organes est censé en informer les autorités de l'autre État concerné.

Cela devrait permettre à la juridiction de l'État du for de s'assurer qu'elle ne méconnaît aucun droit à l'immunité, méconnaissance qui pourrait engager la responsabilité de cet État. Par ailleurs, l'État qui demande à une juridiction étrangère de ne pas poursuivre, pour des raisons d'immunité, une procédure judiciaire engagée à l'encontre de ses organes assume la responsabilité pour tout acte internationalement illicite commis par de tels organes dans ce contexte ».

La Cour internationale de justice n'impose donc pas à l'État du for d'examiner d'office la question de l'immunité fonctionnelle.

Il est intéressant à ce sujet de relever la position qui avait été soutenue par la France :

« 189. La France, en réponse à cette nouvelle formulation de la thèse de Djibouti selon laquelle ses fonctionnaires bénéficieraient d'une immunité de juridiction pénale à l'égard de la France, a indiqué que cette prétention appelait une décision au cas par cas par les juges nationaux. Une solution contraire aurait selon la France «une portée dévastatrice et signifierait qu'il suffit à tout fonctionnaire, quels que soient son grade et ses fonctions, d'affirmer qu'il agissait dans le cadre de ses fonctions pour échapper à toute poursuite pénale dans un État étranger». Les immunités fonctionnelles n'étant pas absolues, c'est, selon la France, à la justice de chaque pays qu'il appartient d'apprécier, en cas de poursuites pénales à l'encontre d'une personne, si celle-ci, du fait des actes de puissance publique accomplis par elle dans le cadre de ses fonctions, devrait bénéficier, en tant qu'agent de l'État, de l'immunité de juridiction pénale reconnue aux États étrangers (la France a illustré son propos en faisant référence à l'arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation française du 23 novembre 2004 dans l'affaire du naufrage du pétrolier Erika). Or, selon la France, les deux hauts fonctionnaires concernés ne se sont jamais prévalus, devant le juge pénal français, des immunités aujourd'hui invoquées en leur nom par Djibouti ; la Cour ne dispose donc pas, de ce fait, d'éléments suffisants pour se prononcer. En conséquence, en les convoquant aux fins de les entendre en qualité de témoins assistés, le juge d'instruction n'a enfreint, selon la France, aucune obligation internationale ».

On peut noter que le projet d'articles adopté par la Commission du droit international³³ contient diverses dispositions procédurales et notamment un article 9,

³² Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale : Djibouti c. France, arrêt, C.I.J. Recueil 2008, p. 177.

³³ Commission du droit international, « Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État », in Soixante-treizième session, Genève, 18 avril-3 juin et 4 juillet-5 août 2022, Textes et titres du projet d'articles adoptés par le Comité de rédaction en première lecture, A/CN.4/L.969.

qui porte sur l'examen par les autorités de l'État du *for* de la question de l'immunité lorsqu'elles entendent exercer ou exercent leur juridiction pénale sur un représentant d'un autre État³⁴ :

« Projet d'article 9

Examen de la question de l'immunité par l'État du *for*

1. Lorsque les autorités compétentes de l'État du *for* ont connaissance qu'un représentant d'un autre État peut être visé par l'exercice de sa juridiction pénale, elles examinent sans délai la question de l'immunité.

2. Sans préjudice du paragraphe 1, les autorités compétentes de l'État du *for* examinent toujours la question de l'immunité :

a) Avant d'engager des poursuites pénales ;

b) Avant de prendre des mesures coercitives qui pourraient affecter un représentant d'un autre État, y compris celles pouvant affecter toute inviolabilité dont le représentant pourrait jouir en vertu du droit international³⁵.

« Projet d'article 10

Notification à l'État du représentant

1. Avant que les autorités compétentes de l'État du *for* n'engagent des poursuites pénales ou ne prennent des mesures coercitives visant un représentant d'un autre État, l'État du *for* notifie cette circonstance à l'État du représentant. Les États envisagent de prévoir les procédures nécessaires pour faciliter une telle notification.

2. La notification comprend, *inter alia*, l'identité du représentant, les motifs de l'exercice de la juridiction pénale et l'autorité compétente pour exercer la juridiction.

3. La notification est faite par la voie diplomatique ou par l'un quelconque des moyens de communication acceptés à cette fin par les deux États, qui peuvent comprendre ceux qui sont prévus dans les traités de coopération et d'entraide judiciaire internationales applicables ».

Dans son septième rapport³⁶, la rapporteuse spéciale concluait qu'il convient d'appliquer des règles différentes à l'immunité *ratione personae* et à l'immunité *ratione materiae*. Ainsi, dans le cas de l'immunité *ratione personae*, l'immunité doit être appréciée et déterminée d'office par les autorités compétentes de l'État du *for*,

³⁴ Ces dispositions procédurales s'appliquent tant à l'immunité personnelle que fonctionnelle.

³⁵ A titre de rapprochement, on peut observer que la Convention des Nations unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, adoptée le 2 décembre 2004, ratifiée par la France, qui précise expressément qu'elle ne concerne pas l'immunité *ratione personae* du chef d'État, dispose :

« Article 6

Modalités pour donner effet à l'immunité des États

1. Un État donne effet à l'immunité des États prévue par l'article 5 en s'abstenant d'exercer sa juridiction dans une procédure devant ses tribunaux contre un autre État et, à cette fin, veille à ce que ses tribunaux établissent d'office que l'immunité de cet autre État prévue par l'article 5 est respectée ».

³⁶ Commission du droit international, Septième rapport sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État, établi par Mme Concepción Escobar Hernández, Rapporteuse spéciale, Soixante et onzième session, Genève, 29 avril-7 juin 2019 et 8 juillet-9 août 2019. A/CN.4/729 § 52.

tandis que, dans le cas de l'immunité *ratione materiae*, les autorités ne doivent apprécier et déterminer si l'immunité est applicable que lorsque l'État du représentant l'invoque expressément.

La distinction est ainsi explicitée :

« 49. S'agissant de l'immunité *ratione personae*, il convient de rappeler que cette forme d'immunité s'applique à un nombre limité de représentants de l'État (chef de l'État, chef du gouvernement et ministre des affaires étrangères), dont l'identité et la fonction de représentation de l'État au niveau international sont bien connues, ce qui laisse peu de place au doute pour les autorités de l'État du for. Par ailleurs, l'immunité *ratione personae* couvre tous les actes accomplis par les représentants de l'État susmentionnés dans l'exercice de leurs fonctions, de sorte que cet élément normatif ne peut être soumis à une appréciation nécessitant l'invocation de l'immunité de la part de l'État étranger. En outre, il y a lieu de présumer qu'en règle générale, l'État du représentant a un intérêt direct et réel à défendre l'immunité de juridiction de ses chef d'État, chef de gouvernement et ministre des affaires étrangères. En conséquence, s'agissant de cette forme d'immunité, il doit être clair, pour les autorités de l'État du for qui entendent exercer leur compétence, que la question de l'immunité se pose et que, partant, elle doit être prise en compte et examinée d'office par les juridictions de l'État du for sans qu'il soit nécessaire que l'État du représentant l'invoque.

50. Il n'en va pas de même pour l'immunité *ratione materiae*. En effet, il convient de noter que les autorités de l'État du for n'ont pas connaissance de façon autonome du fait qu'un individu réunit en sa personne tous les éléments normatifs de cette forme d'immunité et ne sont pas en mesure de savoir si telle ou telle personne est ou était un représentant étranger au moment des faits examinés par les tribunaux de l'État du for, ni si ces actes ont été accomplis à titre officiel. En outre, il faut ajouter que l'intérêt qu'a l'État du représentant à invoquer l'immunité dont pourrait jouir l'un de ses représentants ne peut se présumer de la même façon que dans le cas du chef de l'État, du chef du gouvernement ou du ministre des affaires étrangères. Dès lors, il est difficile de conclure que les autorités de l'État du for ont l'obligation d'apprécier par elles-mêmes si un représentant jouit de tous les éléments de l'immunité de juridiction pénale étrangère et de se prononcer d'office sur ce point. En revanche, exiger de l'État du représentant qu'il invoque l'immunité ne peut être considéré ni comme un fardeau excessif ni comme une condition incompatible avec la finalité même de l'immunité de juridiction pénale étrangère et avec le principe de l'égalité souveraine des États. Il s'agit plutôt d'exiger l'application de la diligence due dans l'exercice d'un droit de l'État ».

La chambre criminelle a considéré que le moyen qui se fonde sur l'immunité de juridiction dont bénéficierait le prévenu est irrecevable comme nouveau, faute d'avoir été proposé devant les juges du fond (Crim., 15 mai 2008, pourvoi n° 07-88.406).

C'est au demandeur de rapporter la preuve de l'immunité dont il prétend bénéficier (Crim., 11 octobre 2017, pourvoi n° 17-80.228).

Mais lorsqu'un inculpé excipe de l'immunité des agents diplomatiques à l'égard des poursuites pénales et que cette exception est rejetée par ordonnance du juge d'instruction, l'appel de cette ordonnance par l'inculpé est recevable. En effet, dès lors que la décision du juge d'instruction à la supposer erronée, serait de nature à entraîner, dès cette phase de la procédure, une violation des dispositions de la convention de Vienne sur les immunités diplomatiques, les termes de l'article 186 du

code de procédure pénale ne peuvent faire obstacle à l'examen immédiat par la juridiction d'appel de la fin de non-recevoir invoquée par l'inculpé (Crim., 5 mars 1985, pourvoi n° 84-92.155, Bull. crim. 1985 n° 101).

On peut noter que, dans l'affaire concernant M. [GH] (Crim., 13 mars 2001, pourvoi n° 00-87.215, Bull. crim. 2001, n° 64), le pourvoi était formé par le procureur général qui invoquait la violation du droit pénal coutumier international relatif à l'immunité de juridiction reconnue aux chefs d'État étrangers.

La chambre criminelle semble admettre en outre, implicitement, que l'immunité peut être opposée par un juge d'instruction :

Si le juge d'instruction a généralement l'obligation d'informer sur tous les faits résultant de la plainte, sous toutes les qualifications possibles, et si cette obligation n'est pas contraire en son principe à l'immunité de juridiction des États étrangers et de leurs représentants, celle-ci trouve son fondement dans la seule nécessité pour le juge de ne pas retenir une immunité pénale avant d'avoir vérifié les conditions de son application dans le dossier dont il est saisi.

Cette obligation cesse si, pour des causes affectant l'action publique elle-même, les faits ne peuvent comporter légalement une poursuite ou si, à les supposer démontrés, ils ne peuvent admettre aucune qualification pénale.

Tel est le cas de la plainte avec constitution de partie civile déposée à l'encontre d'un chef d'État étranger en exercice, claire et précise dans ses imputations des faits dénoncés à la seule personne visée, à savoir le chef de l'État, de sorte qu'aucun acte d'information n'est nécessaire pour dire que le principe d'immunité pénale, reconnue par la coutume internationale doit être retenu (Crim., 2 septembre 2020, pourvoi n° 18-84.682, publié au Bulletin).

A supposer que l'assemblée plénière choisisse de se prononcer sur la qualité pour opposer l'immunité de juridiction et sur l'office du juge en la matière, une distinction doit-elle être faite entre l'immunité personnelle et l'immunité fonctionnelle ?

Le juge national doit-il examiner d'office la question de l'immunité fonctionnelle d'un agent de l'État ?

3.2 Une immunité limitée aux actes de souveraineté

L'immunité fonctionnelle est celle qui ne couvre que les actes accomplis dans l'exercice des fonctions, à savoir à titre officiel et au nom de l'État étranger.

3.2.1 Le principe de la distinction entre les actes de souveraineté et les actes de gestion

L'immunité matérielle ne s'applique qu'aux actes qui relèvent de la souveraineté de l'État étranger. En effet, selon Ioannis Prezas³⁷, l'immunité fonctionnelle n'étant que

³⁷ Article précité.

le reflet de l'immunité de l'État lui-même, son étendue est calquée sur celle, restreinte, de l'immunité de l'État.

La distinction entre les actes dits de souveraineté et ceux dits de gestion trouve une illustration dans plusieurs arrêts essentiels de la chambre criminelle, dont les suivants.

L'affaire du naufrage du navire Erika

Dans cette affaire, la chambre criminelle a énoncé (Crim., 23 novembre 2004, pourvoi n° 04-84.265, Bull. crim. 2004, n° 292) :

La coutume internationale qui s'oppose à la poursuite des États devant les juridictions pénales d'un État étranger s'étend aux organes et entités qui constituent l'émanation de l'État ainsi qu'à leurs agents en raison d'actes qui relèvent de la souveraineté de l'État concerné.

L'affaire du naufrage du navire Le Joola

Dans cette affaire, concernant un navire battant pavillon sénégalais ayant fait naufrage et mettant en cause plusieurs ministres sénégalais, la Cour de cassation (Crim., 19 janvier 2010, pourvoi n° 09-84.818, Bull. crim. 2010, n° 9) a d'abord rappelé le principe selon lequel :

La coutume internationale qui s'oppose à la poursuite des États devant les juridictions pénales d'un État étranger s'étend aux organes et entités qui constituent l'émanation de l'État ainsi qu'à leurs agents en raison d'actes qui relèvent de la souveraineté de l'État concerné.

C'est ainsi qu'elle a approuvé la chambre de l'instruction qui, pour prononcer l'annulation des mandats d'arrêt délivrés à l'encontre du Premier ministre et du ministre des forces armées d'un État étranger, en fonction au moment des faits, retient que le navire ayant fait naufrage avait été mis en service pour permettre le désenclavement d'une région de cet État, qu'il assurait une mission de service public non commercial, qu'il était armé par un équipage militaire et avait le statut de navire militaire.

Puis, dans un second arrêt (Crim., 16 octobre 2018, pourvoi n° 16-84.436, Bull. crim. 2018, n° 168), elle a précisé :

Les responsables d'un État étranger agissant au moment des faits dans l'exercice de l'autorité étatique bénéficient de l'immunité à l'égard de l'exercice de la juridiction pénale française.

Les infractions d'homicide involontaire et de blessure involontaire ne relèvent pas, en l'état du droit international, des exceptions au principe de l'immunité des représentants de l'État dans l'expression de sa souveraineté.

L'affaire de [Localité 4]

Plusieurs personnes de nationalité française ont déposé plainte et se sont constituées parties civiles pour avoir été détenues et torturées au camp de [Localité 4] Bay, base militaire américaine située à Cuba.

Dans cette affaire, la Cour de cassation a intégralement repris les principes énoncés dans son arrêt de 2020 à propos de l'immunité du chef d'État égyptien en exercice³⁸, sauf à préciser que l'immunité fonctionnelle s'applique seulement pour les actes dits de souveraineté.

Elle a énoncé en effet (Crim., 13 janvier 2021, pourvoi n° 20-80.511, publié au Bulletin):

Les faits d'enlèvement, détention et séquestration arbitraires, de torture ou acte de barbarie reprochés à un ancien président des États-Unis et à différents membres du gouvernement, fonctionnaires ou membres de l'armée américaine, ne peuvent être assimilés à de simples actes de gestion mais constituent des actes relevant de l'exercice de la souveraineté de l'État.

Puis, elle a réaffirmé sa jurisprudence selon laquelle la coutume internationale s'oppose à ce que les agents d'un État, en l'absence de dispositions internationales contraires s'imposant aux parties concernées, puissent faire l'objet de poursuites, pour des actes entrant dans cette catégorie, devant les juridictions pénales d'un État étranger. Il appartient à la communauté internationale de fixer les éventuelles limites de ce principe, lorsqu'il peut être confronté à d'autres valeurs reconnues par cette communauté, et notamment celle de la prohibition de la torture.

Elle a ajouté qu'en l'état du droit international, ces crimes, dont celui de torture, quelle qu'en soit la gravité, ne relèvent pas des exceptions au principe de l'immunité de juridiction.

La chambre criminelle admet donc le principe de possibles exceptions à l'immunité fonctionnelle, mais s'en remet à la communauté internationale pour en fixer le domaine. Jusqu'à présent, elle n'a jamais admis concrètement l'existence d'une exception³⁹.

Sur la distinction entre limite et exception à l'immunité, on peut se reporter au cinquième rapport sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État, établi par Concepción Escobar Hernández, rapporteuse spéciale de la Commission du droit international des Nations Unies⁴⁰ :

« Il convient de noter que la distinction entre limites et exceptions, bien qu'utile sur le plan méthodologique, s'avère controversée du point de vue normatif, en particulier du fait des divergences entourant le fait de considérer un acte donné comme limitation ou exception au sens défini ci-dessus, surtout pour ce qui est des crimes internationaux. La Commission a été confrontée à une situation analogue lors de l'élaboration de son projet d'articles sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens. À l'époque, elle avait opté pour une formule prudente, remplaçant les termes « limite » et « exception » par une référence générique aux « procédures dans lesquelles les États ne peuvent pas invoquer l'immunité ».

³⁸ Crim., 2 septembre 2020, pourvoi n° 18-84.682, publié au bulletin.

³⁹ Pas plus, au demeurant, qu'en matière d'immunité personnelle.

⁴⁰ C. Escobar Hernández, Cinquième rapport sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État, 14 juin 2016, A/CN.4/701, p. 97.

Nous avons utilisé la même formule dans le projet d'article proposé dans le présent rapport ».

Par ailleurs la logique principe/exception, qui est celle de la chambre criminelle, a fait l'objet de critiques⁴¹.

Didier Rebut⁴² a approuvé l'arrêt précité du 13 janvier 2021: « La Cour de cassation a réservé le cas où des dispositions internationales s'imposant aux parties concernées dérogeraient au principe de l'immunité de juridiction des actes relevant de la souveraineté de l'État. C'est là encore la répétition d'un motif usuel de ses arrêts en matière d'immunité de juridiction. Il prend acte que le droit international écarte parfois le principe de l'immunité de juridiction fonctionnelle ou personnelle. Cela est le cas, par exemple, pour la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide du 9 décembre 1948 dont l'article 4 prévoit que les personnes ayant commis ce crime sont punissables alors même qu'elles sont des gouvernants ou des fonctionnaires. (v., par ex., Cass. crim., 13 mars 2001, n° 00-87.215 ; Cass. crim., 13 nov. 2001, n° 01-824.40 ; Cass. crim., 23 nov. 2004, n° 04-84.265 ; Cass. crim., 19 janv. 2010, n° 09-848.18 ; Cass. crim., 16 oct. 2018, n° 16-84.436.) [...] »

Il est certes soutenu que la torture constituerait une norme de jus cogens. C'était l'analyse avancée par le moyen pour critiquer l'arrêt de la chambre de l'instruction. Celle-ci visait à pallier l'absence de disposition internationale écartant expressément l'immunité de juridiction pour la torture pour soutenir que cette éviction résulterait de la nature même de la prohibition de la torture. Il s'agit cependant d'une interprétation strictement doctrinale de cette prohibition ou, à tout le moins, de sa conséquence en matière d'immunité de juridiction. On peut lui opposer les évictions explicites de l'immunité de juridiction par des instruments internationaux dont la convention pour la prévention ou la répression du crime de génocide. Ces évictions explicites témoignent de la position de la communauté internationale dans ce domaine. Cette position consiste à énoncer expressément les exceptions au principe de l'immunité de juridiction. Cette absence d'énonciation pour la torture induit qu'elle ne déroge pas à ce principe. C'est l'analyse faite par la Cour de cassation, laquelle a considéré, à juste titre, qu' " en l'état du droit international, les crimes dénoncés, quelle qu'en soit la gravité, ne relèvent pas des exceptions au principe de l'immunité de juridiction " ».

Sur la notion de communauté internationale, on peut faire observer que le droit international est parfois présenté comme le droit de la communauté internationale⁴³. La chambre criminelle entend-elle se fonder sur la coutume, les principes généraux du droit⁴⁴ ou encore des normes de *jus cogens*?

⁴¹ Hervé Ascensio et Béatrice Bonafé, « L'absence d'immunité des agents de l'État en cas de crime international : pourquoi en débattre encore ? », *RGDIP* 2018, n° 4, pp. 821-850.

⁴² Didier Rebut, « Pas d'exception à l'immunité internationale de juridiction pour la torture », *Gazette du Palais*, 9 mars 2021, n° 10, p. 26.

⁴³ En ce sens, Patrick Daillier, Mathias Forteau, Alain Pellet, *Droit international public*, 8^e édition, L.G.D.J., p. 47. Cf. également même ouvrage p. 443 à 446 qui évoque la fiction juridique de la notion.

⁴⁴ Cf. article 38, §1.-c) du statut de la CIJ selon lequel la Cour applique les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées.

La notion de communauté internationale se retrouve notamment dans l'article 53 de la Convention de Vienne, précité, selon lequel une norme impérative du droit international est une norme acceptée et reconnue par la communauté internationale des États. A cet égard, si la chambre criminelle n'a pas statué jusqu'à présent sur des crimes contre l'humanité et crimes de guerre, on peut souligner cependant que la prohibition de la torture fait partie des normes de *jus cogens*⁴⁵.

S'agissant des actes de gestion, qui sont ceux que l'État accomplit au même titre qu'une personne privée, la chambre criminelle a jugé que des actes qui revêtent une nature commerciale ne sauraient constituer des actes relevant de la souveraineté des États concernés (Crim., 11 octobre 2017, pourvoi n° 17-80.228). De même en est-il d'infractions qui, à les supposer établies, auraient été commises à des fins personnelles (Crim., 15 décembre 2015, pourvoi n° 15-83.156, Bull. crim. 2015, n° 292).

La jurisprudence des chambres civiles

La chambre mixte et la première chambre civile de la Cour de cassation consacrent cette même distinction, s'agissant de la responsabilité des États et de leur immunité de juridiction.

La chambre mixte (Ch. mixte., 20 juin 2003, pourvoi n° 00-45.629, 00-45.630, Bulletin civil 2003, Ch. mixte, n° 4) a jugé :

Les États étrangers et les organismes qui en constituent l'émanation ne bénéficient de l'immunité de juridiction qu'autant que l'acte qui donne lieu au litige participe, par sa nature ou sa finalité, à l'exercice de la souveraineté de ces États et n'est donc pas un acte de gestion.

L'acte consistant pour un État étranger à ne pas déclarer un de ses employés à un régime français de protection sociale n'est qu'un acte de gestion administrative non couvert par l'immunité de juridiction.

La première chambre civile a jugé :

- Les États étrangers et les organismes ou personnes agissant par leur ordre ou pour leur compte bénéficient de l'immunité de juridiction non seulement pour les actes de puissance publique, mais aussi pour ceux accomplis dans l'intérêt d'un service public (1^{re} Civ., 27 avril 2004, pourvoi n° 01-12.442, Bull., 2004, I, n° 114).

- Les États étrangers et les organismes qui en constituent l'émanation ne bénéficient de l'immunité de juridiction qu'autant que l'acte qui donne lieu au litige participe, par sa nature et sa finalité, à l'exercice de la souveraineté de ces États et n'est donc pas un acte de gestion (1^{re} Civ., 20 septembre 2006, pourvoi n° 05-14.199, Bull. 2006, I, n° 411).

⁴⁵ Cf. notamment TPIY, arrêt du 10 décembre 1988, Furundzija, IT-95-17/1-T, §§ 153-157.

- Les États étrangers et les organisations qui en constituent l'émanation ne bénéficient de l'immunité de juridiction, immunité relative et non absolue, qu'autant que l'acte qui donne lieu au litige ou qui leur est imputé à faute participe, par sa nature et sa finalité, à l'exercice de la souveraineté de ces États et n'est donc pas un acte de gestion.

Après avoir relevé que la responsabilité de l'attentat ne pouvait être imputée à un État étranger et que seuls six de ses ressortissants avaient été pénalement condamnés, une cour d'appel a pu juger que cet État pouvait opposer une immunité de juridiction dès lors que la nature criminelle d'un acte de terrorisme ne permet pas, à elle seule, d'écarter une prérogative de souveraineté.

A supposer que l'interdiction des actes de terrorisme puisse être mise au rang de norme de *jus cogens* du droit international, laquelle prime les autres règles du droit international et peut constituer une restriction légitime à l'immunité de juridiction, une telle restriction serait en l'espèce disproportionnée au regard du but poursuivi dès lors que la mise en cause de l'État étranger n'est pas fondée sur la commission des actes de terrorisme mais sur sa responsabilité morale (1^{re} Civ., 9 mars 2011, pourvoi n° 09-14.743, Bull. 2011, I, n° 49).

- A supposer même que l'interdiction des actes de terrorisme puisse constituer une norme de *jus cogens* du droit international de nature à constituer une restriction légitime à l'immunité de juridiction, ce qui ne ressort pas de l'état actuel du droit international, il ne peut être fait une exception à l'immunité d'un État, dès lors que la condamnation de celui-ci au paiement des dommages-intérêts prononcée par la juridiction étrangère ne repose pas sur la démonstration de l'implication directe de cet État et de ses agents dans un attentat, mais seulement sur le fondement de la responsabilité civile que celui-ci devrait supporter au titre de l'aide ou des ressources matérielles apportées au groupe ayant revendiqué l'attentat (1^{re} Civ., 28 juin 2023, pourvoi n° 21-19.766, publié au Bulletin).

Commentant cet arrêt dont il approuve la solution, Ioannis Preza⁴⁶ indique que la pratique internationale ne consacre, pour l'instant, aucune exception à l'immunité de juridiction d'un État étranger auquel on reproche la commission de violations graves du droit international. Il ajoute qu'en droit international coutumier, l'immunité souveraine reste « de principe », ce qui rend nécessaire d'établir que l'activité litigieuse ait été accomplie *jure gestionis*. Or, selon lui, pour choquant que cela puisse paraître, il est douteux que le soutien étatique au terrorisme puisse être qualifié autrement que d'activité « souveraine », et ce indépendamment de son caractère manifestement illicite.

3.2.2 Des crimes internationaux peuvent-ils être qualifiés d'actes relevant de la souveraineté de l'État ?

⁴⁶ Ioannis Preza, « L'office du juge de l'exequatur confronté à la « terrorism exception » dans le contexte de l'immunité de juridiction », Journal du droit international (Clunet) n° 2, Avril-mai-juin 2024, comm. 9.

Dans le cas présent, l'arrêt attaqué a retenu que certains des actes accomplis par M. [K] étaient bien des actes de puissance publique liés à la souveraineté de l'État, pour lesquels l'immunité s'appliquait. La question n'est donc pas posée directement par le moyen⁴⁷.

On peut rappeler, cependant, qu'un des fondements possibles à la limitation de l'immunité est l'analyse selon laquelle les violations graves des droits de l'homme et du droit humanitaire ne rentrent pas dans le cercle des actes accomplis à titre officiel.

Au demeurant, dans l'arrêt concernant M. [CD], contre lequel a été formé le pourvoi n° 24-84.393, soumis également à l'assemblée plénière, la chambre de l'instruction a retenu que « *les crimes internationaux dont sont saisis les juges d'instruction ne peuvent être considérés comme faisant partie des fonctions officielles d'un chef de l'État* ».

A cet égard, deux thèses s'opposent. Dans le fascicule précité⁴⁸, Ioannis Prezas résume :

« Même si la question reste très controversée (V. par exemple, D. Akande et S. Shah, Immunities of State Officials, international crimes and foreign domestic courts : EJIL 2010, p. 815), une évolution certaine se dessine depuis plusieurs années dans le sens que les violations graves des droits de l'homme et du droit humanitaire ne rentrent pas dans le cercle des actes accomplis à titre officiel. On voit en effet mal comment la fonction d'un dirigeant étatique pourrait être de bafouer les droits fondamentaux. L'Institut de droit international n'a eu par exemple aucune difficulté à l'admettre. Dans sa résolution de 2001, il énonce ainsi que l'ancien dirigeant ne bénéficie en territoire étranger " d'aucune immunité de juridiction tant en matière pénale qu'en matière civile ou administrative, sauf lorsqu'il y est assigné ou poursuivi en raison d'actes qu'il a accomplis durant ses fonctions et qui participaient de leur exercice " avant d'ajouter qu'il peut être " poursuivi et jugé lorsque les actes qui lui sont personnellement reprochés sont constitutifs d'un crime de droit international, lorsqu'ils ont été accomplis principalement pour satisfaire un intérêt personnel ou lorsqu'ils sont constitutifs de l'appropriation frauduleuse des avoirs ou des ressources de l'État " (Rés. 2001, art. 13). Pourtant, la pratique internationale demeure assez incertaine sur ce point ».

Dans leur opinion individuelle commune, jointe à l'arrêt rendu par la Cour internationale de justice dans l'affaire du Mandat d'arrêt du 11 avril 2000, précitée, les juges Higgins, Kooijmans et Buergenthal développent l'analyse selon laquelle les crimes internationaux sont nécessairement des actes de nature privée et que, par conséquent, ils ne rentrent pas dans le champ d'application de l'immunité fonctionnelle :

« 85. Néanmoins, cette immunité ne vaut qu'aussi longtemps que le ministre est en fonction et ne continue ultérieurement à le protéger qu'à raison de ses actes

⁴⁷ Lequel ne concerne que les actes ainsi qualifiés.

⁴⁸ Ioannis Preza, Jurisclasseur Droit international fasc 409-50, Immunités internationales, n° 93.

«officiels». On affirme maintenant de plus en plus en doctrine (voir, par exemple, Andrea Bianchi, «*Denying State Immunity to Violators of Human Rights*»), *Austrian Journal of Public and International Law* (1994), vol. 46, p. 227-228) que les crimes internationaux graves ne peuvent être considérés comme des actes officiels parce qu'ils ne correspondent ni à des fonctions étatiques normales ni à des fonctions qu'un État seul (par opposition à un individu) peut exercer. (Goff, J. (comme il se nommait alors) et lord Wilberforce ont explicité ce critère dans l'affaire du 1^o Congreso del Partido (1978) QH 500, p. 528, et (1983) AC 244, p. 268, respectivement.) Cette opinion est mise en évidence par la prise de conscience accrue du fait que les mobiles liés à l'État ne constituent pas le critère approprié pour déterminer ce qui constitue des actes publics de l'État. La même opinion trouve en outre progressivement son expression dans la pratique des États, comme l'attestent des décisions et avis judiciaires. (Pour un exemple déjà ancien, voir l'arrêt de la Cour suprême d'Israël dans l'affaire Eichmann ; Cour suprême, 29 mai 1962, *International Law Reports*, vol. 36, p. 312.) Voir aussi les discours de lord Hutton et lord Phillips of Worth Matravers dans l'affaire *R v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others*, ex parte [QV] ([QV] III) ; et de lord Steyn et lord Nicholls of Birkenhead dans l'affaire ([QV] I), ainsi que le jugement de la cour d'appel d'Amsterdam dans l'affaire Bouterse (*Gerechtshof Amsterdam*, 20 novembre 2000, par. 4.2.) »

Un auteur a pu écrire que « cette opinion individuelle commune a eu une influence importante sur l'évolution du droit coutumier en matière d'immunité des organes étatiques étrangers en cas de crimes internationaux. Donnant visibilité à une tendance qu'ils considéraient en voie de formation, les trois juges ont consolidé un front commun d'une partie de la doctrine, de la jurisprudence internationale et de la jurisprudence interne contraires à l'applicabilité de l'immunité fonctionnelle aux crimes internationaux. Par un effet d'entraînement, de nouvelles manifestations de cette tendance se sont produites tout au long des années 2000 »⁴⁹.

On peut citer encore l'arrêt prononcé le 22 octobre 2014 par la Cour constitutionnelle italienne⁵⁰, qui, s'il porte sur l'immunité juridictionnelle de l'État, contient des développements intéressants sur l'immunité juridictionnelle et son lien avec le droit d'accès à la justice et à une protection juridictionnelle effective des droits fondamentaux.

La Cour énonce ainsi que l'immunité juridictionnelle de l'État « ne peut justifier [...] le sacrifice du principe de la protection juridictionnelle des droits inviolables garantis par la Constitution [italienne] que si elle est liée – de facto et non pas seulement de jure – aux fonctions souveraines de l'État étranger, c'est-à-dire à l'exercice de ses prérogatives de puissance publique. [...] Les actes des États [qui] peuvent être considérés comme des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité, [ou

⁴⁹ Emanuel Castellarin, « L'immunité de juridiction des organes d'État en cas de crimes internationaux », in D. Simon (ss dir.), *Le droit international des immunités : constantes et ruptures*, Pedone, université Paris I Panthéon-Sorbonne, coll. IREDIES, Perspectives internationales, 2015, n° 36, p. 50.

⁵⁰ Cour constitutionnelle italienne, arrêt du 22 octobre 2014, n° 238 .

comme] des violations des droits inviolables de la personne humaine, [...] [en tant que tels] n'entrent pas dans l'exercice légitime des pouvoirs de l'État ».

Cependant, dans l'arrêt du 13 janvier 2021 concernant l'affaire de [Localité 4], la chambre criminelle a considéré que des crimes de torture relevaient de l'exercice de la souveraineté.

Cette analyse a pu être critiquée, notamment par Amane Gogorza⁵¹, dans son commentaire de cet arrêt : « Si l'exclusion de la catégorie *jure gestionis* se conçoit de prime abord, le rattachement des tortures aux actes de souveraineté peut en revanche être débattu, le contexte ou la finalité globale des opérations antiterroristes ne devant pas nécessairement couvrir l'ensemble des faits perpétrés à leur occasion. D'une part, la primauté des fins sur les moyens discrédite la notion d'acte de souveraineté, laquelle permet alors d'englober les violations graves du droit international et semble incompatible avec la finalité des immunités (X. Pin, Neutralisation, coutume internationale et immunité : RSC 2020, p. 919), qui n'a jamais prétendu couvrir les politiques criminelles ou oppressives des États.

[...] En s'engageant dans la voie contraire, la Cour n'aurait cependant pas défié le droit international, s'inscrivant, de lege ferenda, dans son développement progressif. Bien mieux, cette affaire lui donnait l'occasion de marquer la différence entre les immunités *ratione personae* - plutôt hostiles aux exceptions - et les immunités *ratione materiae* - aujourd'hui favorables - afin d'en proposer une approche rationnelle et mesurée. En effet, si l'on concède que l'inopposabilité des immunités des membres de la troïka en exercice semble difficile à concevoir, en raison de la protection accordée à des fonctions particulières, celle des autres agents d'État tout comme celle des membres de la troïka ayant cessé leur mandat, demeure envisageable particulièrement en présence d'infractions dont l'interdit relève du *jus cogens*, à l'image des tortures. Reste la *realpolitik*, dont on connaît le poids en la matière et dont la chambre de l'instruction avait d'ailleurs pris acte, soulignant le refus de coopération des autorités judiciaires des États-Unis et le maintien du secret-défense ».

Kevin Mariat⁵² se montre également critique :

« Les requérants avançaient d'abord que l'immunité de juridiction ne joue pas en cas de torture. Une double argumentation soutenait cette affirmation : l'impossibilité de relier la torture à la souveraineté d'un État et le *jus cogens*. [...] »

Le premier argument consistait à écarter l'immunité car ses conditions n'étaient pas réunies. Pour qu'il y ait immunité, il faut un acte de souveraineté ; or la torture ne saurait être un acte de souveraineté. Argument sans doute le plus intéressant. Comment en effet conceptualiser la torture comme un acte de souveraineté ? C'est pourtant ce que fait la chambre de l'instruction, en rattachant la torture à la politique de lutte contre le terrorisme organisée au plus haut sommet des États-Unis, raisonnement validé par la Cour de cassation. On actera donc qu'au XXI^e siècle, celui de la Cour pénale internationale (CPI), on considère encore que la torture puisse être une politique étatique à part entière et, partant, un acte de souveraineté... »

⁵¹ Amane Gogorza, « Actes de torture à [Localité 4] : la résistance des immunités », *Droit pénal*, Avril 2021, n° 4, comm. 67.

⁵² Kevin Mariat, « La torture, cette politique d'État couverte par l'immunité », *AJ Pénal* 2021, p.158.

A l'inverse, Ioannis Prezas⁵³ relève :

« Ainsi, la Haute Juridiction, faisant preuve d'un conservatisme certain, retient non seulement que les actes de torture relèvent de l'exercice de la souveraineté, mais aussi, implicitement, que si l'interdiction de la torture est une norme impérative (*jus cogens*), elle n'a, en l'état du droit international, aucune incidence sur l'immunité fonctionnelle des agents de l'État. Cette démarche prudente paraît en tout cas se justifier eu égard à l'incertitude qui règne au sein de la Commission du droit international en ce domaine ».

L'assemblée plénière entend-elle se situer dans la ligne de la jurisprudence de la chambre criminelle en admettant, au moins implicitement, que les actes dénoncés relèvent bien de la souveraineté de l'État ?

3.3 Une possible exclusion - ou non-application - de l'immunité en cas de crimes internationaux ?

Les crimes communément dits internationaux par nature sont le génocide, le crime contre l'humanité, le crime de guerre et le crime d'agression⁵⁴, soit les crimes relevant de la compétence de la Cour pénale internationale.

« Article 5 du Statut de Rome :

La compétence de la Cour est limitée aux crimes les plus graves qui touchent l'ensemble de la communauté internationale. En vertu du présent Statut, la Cour a compétence à l'égard des crimes suivants :

- a) Le crime de génocide ;
- b) Les crimes contre l'humanité ;
- c) Les crimes de guerre ;
- d) Le crime d'agression ».

On peut rappeler les termes du Préambule du Statut, selon lesquels « des crimes d'une telle gravité menacent la paix, la sécurité et le bien-être du monde, [...] les crimes les plus graves qui touchent l'ensemble de la communauté internationale ne sauraient rester impunis ».

Selon le principe de Nuremberg VI, sont punis en tant que crime de droit international, les crimes contre la paix, les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité.

⁵³ Ioannis Prezas, *op. cit.*, §94.

⁵⁴ S'agissant du crime d'agression, la compétence de la Cour pénale internationale a été activée à compter du 17 juillet 2018, mais uniquement à l'égard des États ayant ratifié un amendement spécial. La France n'a pas ratifié l'amendement de Kampala relatif au crime d'agression. Le droit pénal français ne contient pas de disposition relative à ce crime.

En droit français, le génocide est défini par l'article 211-1 du code pénal. Les autres crimes contre l'humanité sont définis notamment par l'article 212-1 du même code. Les crimes de guerre sont prévus et réprimés par les articles 461-1 à 461-31 du code pénal, insérés dans un livre IV bis intitulé « Des crimes et des délits de guerre ».

A supposer qu'on considère que des crimes internationaux peuvent être couverts par l'immunité comme relevant de la souveraineté de l'État, l'exclusion - ou la non-application - de l'immunité en cas de crimes internationaux pourrait être fondée sur un conflit de normes avec des infractions relevant du *jus cogens* ou sur l'existence - ou l'émergence - d'une coutume internationale.

3.3.1 Un conflit de normes avec des infractions relevant du *jus cogens* ?

On peut rappeler qu'aux termes de l'article 53 de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités, le *jus cogens* s'entend d'une norme impérative de droit international général, acceptée et reconnue par la communauté internationale des États dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère.

Dans l'arrêt *Immunités juridictionnelles de l'État*⁵⁵, en date du 3 février 2012, son dernier arrêt en matière d'immunité, la Cour internationale de justice écarte l'hypothèse d'un conflit de normes entre une règle de *jus cogens* et la règle de droit coutumier relative à l'immunité (en l'espèce l'immunité civile d'un État) : « Or, de l'avis de la Cour, pareil conflit n'existe pas. À supposer [...] que les règles du droit des conflits armés qui interdisent de tuer des civils en territoire occupé ou de déporter des civils ou des prisonniers de guerre pour les astreindre au travail forcé soient des normes de *jus cogens*, ces règles n'entrent pas en conflit avec celles qui régissent l'immunité de l'État. Ces deux catégories de règles se rapportent en effet à des questions différentes. Celles qui régissent l'immunité de l'État sont de nature procédurale et se bornent à déterminer si les tribunaux d'un État sont fondés à exercer leur juridiction à l'égard d'un autre. Elles sont sans incidence sur la question de savoir si le comportement à l'égard duquel les actions ont été engagées était licite ou illicite⁵⁶.

Elle en déduit que, même en admettant que les actions intentées devant les juridictions italiennes mettaient en cause des violations de règles de *jus cogens*, l'application du droit international coutumier relatif à l'immunité des États ne s'en trouvait pas affectée »⁵⁷.

⁵⁵ CIJ, *Immunités juridictionnelles de l'État* (Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenant) ; arrêt du 3 février 2012.

⁵⁶ Arrêt précité, § 93.

⁵⁷ Arrêt précité, § 97.

Dans son troisième rapport sur les normes impératives du droit international général (*jus cogens*)⁵⁸, la Commission du droit international énonce que les crimes dont l'interdiction constitue une norme du *jus cogens* comprennent les crimes contre l'humanité, le génocide, les crimes de guerre et la torture⁵⁹. Puis, elle étudie les effets des normes impératives du droit international général sur l'immunité⁶⁰, soulignant qu'il s'agit d'une question très controversée. Elle conclut que l'immunité *ratione materiae* ne s'applique pas aux infractions interdites par une norme impérative du droit international général (*jus cogens*)⁶¹.

3.3.2 L'existence d'une coutume ?

La possibilité d'une exclusion de l'immunité fonctionnelle en cas de crimes internationaux a été reconnue par certaines juridictions, dont des juridictions nationales étrangères⁶², ainsi que par des législations étrangères. Elle est soutenue par une partie de la doctrine ; les travaux de la Commission du droit international des Nations unies vont dans ce sens.

On rappellera que, pour matérialiser le précédent, élément constitutif de la coutume, on peut prendre en compte toutes les décisions internes, celles des autorités exécutives comme les mesures législatives et les décisions des juridictions nationales⁶³.

La démarche de la Cour internationale de justice, dans sa décision Immunités juridictionnelles de l'État, précitée⁶⁴, est particulièrement éclairante :

« 55. La Cour doit donc, conformément à l'alinéa b) du paragraphe 1 de l'article 38 de son Statut, déterminer l'existence d'une « coutume internationale comme preuve d'une pratique générale acceptée comme étant le droit » conférant l'immunité à l'État et, le cas échéant, quelles en sont la portée et l'étendue. Elle appliquera pour ce faire les critères, qu'elle a maintes fois énoncés, permettant d'identifier une règle de droit international coutumier. Ainsi qu'elle l'a clairement indiqué dans les affaires du

⁵⁸ Commission du droit international, Troisième rapport sur les normes impératives du droit international général (*jus cogens*), présenté par M. Dire Tladi, rapporteur spécial, Soixante-dixième session, 30 avril-1er juin et 2 juillet-10 août 2018, Genève. A/CN.4/714

⁵⁹ Rapport précité, p. 43.

⁶⁰ *Idem* ; p. 47 et s.

⁶¹ *Idem* ; p.54.

⁶² Lesquelles se fondent parfois au demeurant sur le fait que les crimes dont il s'agit relèvent du *jus cogens*, les divers fondements possibles de l'exclusion étant parfois retenus de façon cumulative et non alternative.

⁶³ Raphaële Rivier, *op. cit.*, n° 170.

⁶⁴ § 55 et 56.

Plateau continental de la mer du Nord, une « pratique effective » assortie d'une *opinio juris* est en particulier requise pour qu'existe une telle règle (*Plateau continental de la mer du Nord* (République fédérale d'Allemagne/Danemark ; République fédérale d'Allemagne/Pays Bas), arrêt, C.I.J. Recueil 1969, p. 44, par. 77). La Cour a en outre relevé ce qui suit :

« [i]l est bien évident que la substance du droit international coutumier doit être recherchée en premier lieu dans la pratique effective et l'*opinio juris* des États, même si les conventions multilatérales peuvent avoir un rôle important à jouer en enregistrant et définissant les règles dérivées de la coutume ou même en les développant » (*Plateau continental* (Jamahiriya arabe libyenne/Malte), arrêt, C.I.J. Recueil 1985, p. 29-30, par. 27).

Dans le cas d'espèce, une pratique étatique particulièrement importante se dégage de la jurisprudence des tribunaux internes qui ont été amenés à se prononcer sur l'immunité d'un État étranger, des lois adoptées par ceux des États qui ont légiféré en la matière, de l'invocation de l'immunité par certains États devant des tribunaux étrangers, ainsi que des déclarations faites par les États à l'occasion de l'examen approfondi de cette question par la Commission du droit international puis de l'adoption de la convention des Nations Unies. Dans ce contexte, l'*opinio juris* est reflétée notamment par l'affirmation, de la part des États qui invoquent l'immunité de juridiction devant les tribunaux d'autres États, qu'ils sont, en vertu du droit international, fondés à en bénéficier ; par la reconnaissance, de la part des États qui accordent cette immunité, qu'il s'agit d'une obligation que leur impose le droit international ; et, inversement, par l'affirmation par des États, dans d'autres affaires, de leur droit d'exercer leur juridiction à l'égard d'États étrangers. S'il est vrai que les États décident parfois d'accorder une immunité plus large que ne l'impose le droit international, le fait est que, aux fins de la présente instance, la reconnaissance de l'immunité en pareil cas n'est pas assortie de l'*opinio juris* requise et, partant, n'éclaire pas la question dont la Cour est saisie ».

Les décisions de juridictions internationales et étrangères écartant l'immunité fonctionnelle en cas de crimes internationaux

La chambre d'appel du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, dans un arrêt du 29 octobre 1997⁶⁵, avait énoncé que les responsables de génocide, crimes contre l'humanité et crimes de guerre ne peuvent invoquer l'immunité devant les juridictions nationales ou internationales, même s'ils ont commis ces crimes dans le cadre de leurs fonctions officielles.

⁶⁵ TPIY, chambre d'appel, arrêt du 29 octobre 1997, Le procureur c/ Blaskic, affaire IT-95-14-AR 108 bis, § 41 et non 38.

L'affaire [QV]⁶⁶ jugée par la Chambre des Lords le 24 mars 1999 est usuellement citée comme admettant pour la première fois une exception à l'immunité de juridiction pénale d'un ancien chef d'État devant les tribunaux d'un autre État.

Un premier jugement de la Chambre des Lords rendu le 25 novembre 1998⁶⁷, a retenu que le sénateur [QV] n'avait pas droit à l'immunité en ce qui concerne les crimes relevant du droit international. Ce jugement a été annulé au motif que le collège n'était pas correctement constitué.

Dans la décision du 24 mars 1999, les Lords ont jugé que M. [QV] bénéficiait de l'immunité de juridiction pour tous les actes accomplis avant le 8 décembre 1988, date de la ratification par le Royaume-Uni de la Convention sur la torture, mais ne pouvait en bénéficier après cette date.

On peut citer des extraits de l'opinion majoritaire de Lord Browne-Wilkinson⁶⁸ : « Peut-on dire que la commission d'un crime qui est un crime international contre l'humanité et jus cogens est un acte accompli dans une capacité officielle pour le compte de l'État ? J'estime qu'il existe des motifs solides de dire que la mise en œuvre de la torture telle que définie par la Convention contre la torture ne peut être une fonction de l'État. [...] »

Enfin, et à mon avis de manière décisive, si la mise en œuvre d'un régime de torture est considérée comme une fonction publique donnant lieu à une immunité *ratione materiae*, cela produit des résultats étranges. L'immunité *ratione materiae* s'applique non seulement aux anciens chefs d'État et aux anciens ambassadeurs, mais à tous les fonctionnaires de l'État qui ont été impliqués dans l'exécution des fonctions de l'État. Une telle immunité est nécessaire pour empêcher l'immunité de l'État d'être contournée en poursuivant ou en intentant une action contre le fonctionnaire qui, par exemple, a effectivement commis la torture alors qu'une réclamation contre le chef de l'État serait empêchée par la doctrine de l'immunité. Si cela s'appliquait à la présente affaire, et si l'organisation du régime de torture devait être considérée comme un acte officiel de nature à fonder une immunité pour l'ancien chef de l'État, elle devrait également être un acte officiel de nature à justifier l'immunité pour ses subordonnés qui ont effectivement commis la torture. En vertu de la Convention, le crime international de torture ne peut être commis que par un agent ou une personne agissant à titre officiel. Ils seraient tous immunisés. Il s'ensuivrait qu'il ne pourrait y avoir de cas en dehors du Chili dans lequel une poursuite réussie pour torture pourrait être intentée, à moins que l'État du Chili soit prêt à renoncer à son droit relatif à l'immunité de ses fonctionnaires. Par conséquent, toute la structure élaborée de la compétence universelle relativement à la torture commise par des fonctionnaires serait rendue inopérante et l'un des principaux objectifs de la Convention contre la torture - fournir un système dans le cadre duquel il n'y a pas de refuge sûr pour les tortionnaires - serait entravé. À mon avis, tous ces

⁶⁶ Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet et Regina v. Evans and Another and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet, R v. [1999] UKHL 17, 24 mars 1999.

⁶⁷ Voir [1998] 3 W.L.R. 1456.

⁶⁸ Traduction libre.

facteurs démontrent que la notion d'immunité continue pour les anciens chefs d'État est incompatible avec les dispositions de la Convention contre la torture.

Pour ces raisons, à mon avis, si, comme allégué, le sénateur [QV] a organisé et autorisé la torture après le 8 décembre 1988, il n'agissait pas en une qualité donnant lieu à une immunité *ratione materiae* parce que de telles actions étaient contraires au droit international, le Chili avait accepté d'interdire une telle conduite et le Chili avait accepté avec les autres parties à la Convention contre la torture le fait que tous les États signataires auraient compétence pour juger la torture étatique (telle que définie dans la Convention) même si une telle torture était commise au Chili ».

Cette décision apparaît donc étroitement liée à l'application de la Convention contre la torture. Sa portée, pour déterminer l'existence d'une coutume admettant une exception à l'immunité pour les crimes internationaux, pourrait être relativisée. La Cour fédérale de justice allemande (BGH) a rendu plusieurs décisions en la matière.

Dans un arrêt du 28 janvier 2021⁶⁹, elle a jugé que les agents étatiques, du moins lorsqu'ils occupent des postes subordonnés, ne bénéficient pas d'une immunité fonctionnelle en vertu du droit international coutumier dans les procédures pénales étrangères pour crimes de guerre ou d'autres crimes affectant la communauté internationale dans son ensemble. Par suite, l'accusé, un premier-lieutenant de l'armée afghane, peut être jugé et condamné en Allemagne à raison, entre autres, de crimes de guerre commis contre des détenus d'une base militaire afghane.

Claus Kreß⁷⁰ commente ainsi cette décision :

« A titre liminaire, la Cour affirme que l'immunité fonctionnelle due en vertu du droit international coutumier constitue un obstacle à sa compétence, qu'elle est tenue d'observer d'office (para. 12). Si la Cour a sur ce point appliqué le droit allemand, cette précision n'en est pas moins remarquable compte-tenu du fait que l'actuel projet d'article 10 de la Commission du droit international sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État suggère, sur la base d'une pratique et *opinio iuris* assez minces, que l'immunité fonctionnelle doit préalablement être invoquée par l'État du fonctionnaire pour s'imposer à l'État étranger.

[...] La Cour évite les déterminations qui vont au-delà de ce qui est strictement nécessaire pour trancher l'affaire en cause. Elle n'entre pas, en particulier, dans le débat académique relatif au fondement de l'immunité fonctionnelle des représentants de l'État en droit international coutumier. Ainsi, elle ne précise pas si cette immunité fonctionnelle est incompatible avec la nature des crimes internationaux ou si son inapplicabilité découle de l'émergence d'une exception de droit pénal international à la règle de l'immunité fonctionnelle. La Cour estime suffisant d'indiquer que, selon le droit coutumier, les agents de l'État occupant des postes subordonnés ne sont pas protégés par une immunité

⁶⁹ BGH, décision du 28 janvier 2021, 3 StR 564/19.

⁷⁰ Claus Kreß, « Jurisprudence étrangère intéressant le droit international ; Immunité des agents étatiques », *RDGIP* 2021, p. 893.

fonctionnelle lorsqu'ils sont poursuivis dans une procédure pénale étrangère pour crimes de guerre ainsi que " certains autres crimes affectant la communauté internationale dans son ensemble " (para. 18). Pour arriver à cette conclusion, la Cour procède à une analyse détaillée de la pratique des États ainsi que leur *opinio iuris* (paras. 19 à 43) ; analyse dont l'intérêt est considérable compte tenu du débat sur le projet de la Commission du droit international sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État et, en particulier, son projet d'article 7.

Comme la Commission du droit international, la Cour omet dans son analyse la riche pratique des États au cours des négociations de paix de Paris après la Grande Guerre, pour faire débiter son examen à Nuremberg (paras. 20 et 24). Elle considère l'article 7 de la Charte de Londres comme l'expression d'un rejet de l'immunité fonctionnelle pour les crimes contre la paix, les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité. Et, contrairement à la Commission du droit international, attache un poids considérable à ce " principe de Nuremberg ", dont la portée n'est pas, selon elle, limitée aux procédures pénales internationales : il vaut également dans le contexte des procédures pénales nationales. À l'inverse toujours de la Commission du droit international, la Cour tient par ailleurs pour pertinentes les nombreuses procédures pénales étrangères menées après la Seconde Guerre mondiale contre d'(anciens) représentants de l'État allemand et japonais pour des crimes internationaux et, en particulier, des crimes de guerre (para. 20). À cet égard, la Cour souligne l'intérêt de l'arrêt Eichmann rendu par la Cour suprême d'Israël, considérant que l'utilisation du terme " acte d'État " au lieu du terme " immunité fonctionnelle " dans cet arrêt ne justifie pas sa mise à l'écart dans le contexte de l'immunité fonctionnelle des agents étatiques (para. 27). Examinant aussi la pratique judiciaire interne la plus récente, la Cour se réfère à des décisions rendues en Allemagne (paras. 21 et 34), aux Pays-Bas (para. 28), en Belgique (para. 29), en Espagne (para. 30), en Italie (para. 31), en Suisse (para. 32) et en France (para. 33). En outre, elle attache une grande importance à la position adoptée par la chambre d'appel du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie dans l'affaire *Le Procureur c. Blaskic* (para. 25 en liaison avec para. 15, se référant au para. 41 de l'arrêt *Blaskic*.).

La Cour reconnaît que le premier rapporteur spécial de la Commission du droit international sur les immunités de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État avait estimé l'immunité fonctionnelle applicable aux poursuites pour crimes internationaux, là où la seconde rapporteuse spéciale, tout en ayant identifié une " tendance claire " dans le sens contraire, n'est pas allée jusqu'à soutenir ou affirmer son inapplicabilité, en l'état du droit existant. La Cour mentionne aussi que les observations formulées au sein de la Sixième Commission de l'Assemblée générale des Nations unies ne témoignent d'aucun consensus sur cette question (para. 36). Pourtant, si la Cour admet que les travaux de la Commission et les observations des États révèlent un manque d'unanimité parmi les membres de la Commission comme parmi les États, elle estime que ces divergences n'ont pas, du moins pas encore, pour effet de modifier l'état du droit international coutumier, de sorte que l'immunité fonctionnelle coutumière s'étende aux procédures pour crimes internationaux (para. 35). Bien que la Cour ne mentionne aucune date précise, il ressort clairement de son raisonnement qu'il existait, à ses yeux, une pratique générale des États acceptée comme étant le droit de non reconnaissance de l'immunité fonctionnelle à raison de crimes internationaux commis par des agents de l'État, et ce bien avant que la Commission du droit international n'entame ses travaux sur l'immunité de juridiction étrangère. »

La Cour fédérale a eu par ailleurs à connaître de faits dont le chef d'une milice pro-gouvernementale était suspecté, commis en Syrie en 2013 et 2014, et qualifiés de crimes contre l'humanité et crimes de guerre.

Dans son ordonnance du 21 février 2024⁷¹ statuant sur le maintien en détention provisoire de la personne poursuivie, elle a précisé⁷² :

« 53. L'immunité fonctionnelle générale des agents publics ne constitue pas un obstacle procédural en l'espèce ; l'accusé ne bénéficie pas, en vertu du droit international coutumier, d'une immunité fonctionnelle qui l'empêcherait d'être poursuivi par un autre État pour les actes qu'il est soupçonné d'avoir commis. Il est vrai que l'accusé a très probablement agi au service de l'État syrien, de sorte que son comportement doit être considéré comme une action de l'État par le régime. Si des individus accomplissent des actes souverains pour un État étranger, ils bénéficient - dans certaines circonstances - de l'immunité fonctionnelle dérivée de l'immunité d'État, qu'ils jouissent ou non d'un statut formel de serviteur de l'État. Toutefois, l'immunité fonctionnelle générale des agents publics ne s'applique pas aux crimes contre le droit international, quels que soient le statut et le rang de l'auteur. Le fait que cette immunité fonctionnelle des fonctionnaires étrangers soit exclue en cas de crimes contre le droit pénal international est un élément incontestable du droit international coutumier (cf. Cour fédérale de justice, arrêt du 28 janvier 2021- 3 StR 564/19, BGHSt 65, 286 para. 163 et suivants avec d'autres références [en ce qui concerne les crimes de guerre commis contre des personnes par des fonctionnaires subalternes] ; TPIY [Chambre d'appel], arrêt du 29 octobre 1997 - IT-95-14-AR 108 [Blaskic], para. 41 ; Cour suprême d'Israël, arrêt du 29 mai 1962 [Eichmann], International Law Reports 36 [1968], 277, 308 ss ; TMI, arrêt du 1^{er} octobre 1946, www.legal-tools.org/doc/45f18e, p. 56 ; voir aussi Ambos dans MüKoStGB, 4e édition, avant "§ 3", para. 135 ss ; Ambos, StV 2021, 557 ss ; Cassese et al, Cassese's International Criminal Law, 3e éd, 240 ss ; LK/Esser/Gerson, StGB, 13e éd, sur le "§ 2 VStGB", para. 48 f. ; Frank/Barthe, ZStW 133 [2021], 235, 238 ff. ; Jeßberger/Epik, JR 2022, 10 et suivants ; Kreicker, Völkerrechtliche Exemtionen, Vol. 1, 2007, 175 et suivants ; Kreicker, JR 2015, 298, 299 et suivants ; Kreß in Ambos [éd.], Statut de Rome de la CPI, 4e éd. 98, para. 22 et suivants ; Kreß in MüKoStGB, 4e éd., sur le "§ 6 VStGB", para. 117 ; Kreß, NJW 2021, 1335 ; Werle, JZ 2021, 732, 733 et suivants ; Werle/Jeßberger, Völkerstrafrecht, 5e éd., paragraphe 807 et suivants). Cette immunité fonctionnelle diffère de l'immunité personnelle illimitée dont bénéficient les plus hauts représentants de l'État (tels que les chefs d'État) en vertu du droit international, qui les protège contre les poursuites d'États étrangers ».

⁷¹ BGH, décision du 21 février 2024, AK 4/24, Rn. 53.

⁷² Traduction libre.

L'arrêt Eichmann⁷³ de la Cour suprême d'Israël, dont la Cour fédérale allemande se prévaut, s'était fondé notamment sur des opinions doctrinales, l'article 7 de la Charte du Tribunal militaire international de Nuremberg et les principes de Nuremberg pour écarter l'immunité invoquée par l'accusé au titre des actes de gouvernement.

La Cour avait relevé :

« En tout état de cause, la doctrine n'a pas de fondement lorsqu'il s'agit d'un acte interdit par le droit des gens, en particulier lorsqu'il s'agit de crimes internationaux de la catégorie des " crimes contre l'humanité " (au sens large). Il faut dire que ces actes odieux échappent complètement à la juridiction souveraine de l'État qui les a ordonnés ou ratifiés et que, par conséquent, ceux qui y ont participé doivent en rendre compte personnellement et ne peuvent s'abriter derrière le caractère officiel de leur tâche ou de leur mission, ou derrière les " lois " de l'État en vertu desquelles ils ont prétendument agi. Leur cas peut être comparé à celui d'une personne qui, ayant commis une infraction dans l'intérêt d'une société qu'elle représente, n'est pas autorisée à se retrancher derrière la responsabilité collective de la société. En d'autres termes, le droit international postule qu'il est impossible pour un État d'autoriser un acte qui viole ses plus hautes interdictions, et de là découle l'idée formant le cœur du concept de " crime international " : une personne qui a participé à un tel crime doit assumer la responsabilité individuelle de son comportement. Dans le cas contraire, les dispositions pénales du droit international ne seraient pas respectées ».

Elle avait conclu : *« L'affirmation même que l'extermination systématique de masses d'êtres humains sans défense par un gouvernement ou un régime pourrait constituer un " acte de gouvernement " apparaît comme une insulte à la raison et une moquerie à l'égard du droit et de la justice ».*

Le principe de non-applicabilité de l'immunité fonctionnelle en cas de crime international, indépendamment du rang de l'agent, a été confirmé par une décision postérieure du 20 mars 2024, par laquelle la Cour fédérale de justice allemande⁷⁴ a précisé que les immunités fonctionnelles spéciales bénéficiant au personnel diplomatique et consulaire ne sont pas concernées⁷⁵.

Le Tribunal fédéral suisse⁷⁶, dans le cadre d'une procédure concernant un ancien ministre de la défense accusé de crimes de guerre et d'actes de torture⁷⁷, a conclu

⁷³ Cour suprême d'Israël, arrêt n° 336/61 du 29 mai 1962, Eichmann, International Law Reports 36 [1968], 277.

⁷⁴ BGH, décision du 20 mars 2024, 3 StR 454/22.

⁷⁵ En outre, dans une décision du 27 août 2024, elle a énoncé que la non-applicabilité de l'immunité fonctionnelle s'étend au crime d'espionnage imputable à des agents d'un État étranger (BGH, décision du 27 août 2024, 3 StB 54/24).

⁷⁶ Le tribunal fédéral est, selon les termes de la Constitution fédérale, l'autorité judiciaire suprême de la Confédération suisse.

qu'il était impossible d'apporter une réponse entièrement claire à la question de savoir si l'immunité *ratione personae* s'applique à tous les actes accomplis dans le cadre de la fonction souveraine d'une personne et si les violations graves du droit humanitaire doivent être prises en considération. Il a jugé en revanche que, dans de telles circonstances, l'immunité fonctionnelle ne peut être invoquée.

Le tribunal, après avoir analysé l'évolution de la pratique des États et les travaux de la commission du droit international, a justifié sa décision par les motifs suivants (§ 5.4.3) : « *Il est en effet généralement reconnu que l'interdiction des crimes graves contre l'humanité, notamment en cas de torture, a un caractère coutumier. Cette approche est partagée par le législateur suisse, pour qui " l'interdiction du génocide, des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre est de nature impérative (jus cogens)". Selon ce même législateur, " les États sont tenus de faire respecter cette interdiction indépendamment de l'existence de règles conventionnelles et de leur validité. Ce devoir vise à préserver les valeurs fondamentales de l'humanité et doit être accompli indépendamment de l'attitude des autres États (erga omnes)" (Message relatif à la mise en œuvre du Statut de Rome ; FF 2008 3474). Eu égard à la valeur fondamentale du bien juridique protégé, le législateur suisse a décidé "d'assurer une répression sans faille de ces actes" (Message relatif à la mise en œuvre du Statut de Rome ; FF 2008 3468). Or, il serait à la fois contradictoire et vain si, d'un côté, on affirmait vouloir lutter contre ces violations graves aux valeurs fondamentales de l'humanité, et, d'un autre côté, l'on admettait une interprétation large des règles de l'immunité fonctionnelle (ratione materiae) pouvant bénéficier aux anciens potentats ou officiels dont le résultat concret empêcherait, ab initio, toute ouverture d'enquête. (...) Une telle situation serait paradoxale et la politique criminelle, voulue par le législateur, vouée à rester lettre morte dans la quasi-totalité des cas. Ce n'est pas ce qu'il a voulu. Il en découle qu'en l'espèce le recourant ne saurait se prévaloir d'aucune immunité ratione materiae ».*

La Cour suprême de cassation italienne⁷⁸ a eu à connaître d'une procédure pénale relative au meurtre et à la tentative de meurtre de civils italiens par un militaire américain à un poste de contrôle en Irak⁷⁹.

La cour d'assises s'était déclarée incompétente au motif que, selon le droit international coutumier, les crimes et délits commis par les membres d'une force militaire déployée sur le territoire d'un État étranger étaient soumis à la compétence exclusive de l'État d'envoi.

⁷⁷ Tribunal fédéral, arrêt du 25 juillet 2012, BB.2011.140, Arrêts du Tribunal Pénal Fédéral Suisse 2012, 97, 113 et 114.

⁷⁸ Cour suprême de Cassation, 1^{re} chambre criminelle, décision du 24 juillet 2008, Mario Luiz Lozano c. Italie, affaire n° 31171/2008, International Law in Domestic Courts 1085 [IT 2008].

⁷⁹ Le soldat appartenait au contingent militaire américain, déployé en Irak avec la Force Multinationale, en vertu de la Résolution n° 1546 de 2004 du Conseil de Sécurité des Nations Unies.

La Cour de cassation a énoncé, dans une décision de 2008, qu'une règle coutumière internationale émerge selon laquelle l'immunité d'un État ne couvre pas les actes qualifiés de crimes en droit international. Cette exception au principe d'immunité réside dans le fait que, en cas de conflit entre les règles d'immunité et celles établissant des crimes internationaux, ces dernières, relevant du *jus cogens*, doivent prévaloir :

« [...] Toutefois, une tendance plus récente peut être discernée, tant dans la doctrine de droit international que dans une partie encore minoritaire de la jurisprudence nationale, qui vise à contester l'application plus large de la règle coutumière sur l'immunité de l'État étranger, qui se rapporte à la responsabilité civile résultant de l'activité illégale exercée iure imperii par l'un de ses organes, ainsi qu'à l'immunité de la juridiction pénale de l'auteur individuel, agissant en tant qu'organe de l'État, du même acte illicite, en postulant l'existence d'une exception à l'immunité lorsque les actes ont été accomplis en violation de règles impératives du droit international (jus cogens), comme dans le domaine de la protection des droits fondamentaux de l'homme, si l'individu est coupable de " crimes internationaux ", en tant que garantie des valeurs qui sous-tendent la communauté internationale dans son ensemble.

Par ailleurs, bien que devant constater la prévalence de la thèse opposée, qui, " en tant que règle actuelle du droit international public " (House of Lords, 14 juin 2006, dans l'affaire Jones, et 24 mars 1999, dans l'affaire [QV] III ; Irish Supreme Court, 15 décembre 1995, dans l'affaire McElhinney ; Supreme Court of Ontario, 1^{er} mai 2002, dans l'affaire Bouzari ; Cour européenne des droits de l'homme, 21 novembre 2001, Al Adsani c. Royaume Uni, 21 novembre 2001, McElhinney c. Irlande, 12 décembre 2002, Kalogeropoulou c. Grèce et Allemagne, 14 décembre 2006, Markovic c. Italie. Italie ; Cour internationale de Justice, 14 février 2002, affaire du mandat d'arrêt, § 58 ; Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, 10 décembre 1998, affaire Furundzija), permet au mieux des dérogations à la doctrine de l'immunité des États lorsque celle-ci est prévue par un traité, comme pour le génocide ou la torture, il convient de souligner que dans les décisions les plus prudentes de la Cour européenne des droits de l'homme (21 novembre 2001, Al Adsani et 12 décembre 2002, Kalogeropoulou, cit.), il est toutefois précisé que cela " n'exclut pas un développement du droit international coutumier dans le futur "

Il peut donc être considéré (en partageant, sur ce point, les arguments lucides des arrêts les plus récents des chambres civiles (Szioni Unite civili) : n. 5044 de 2004, nn. 14199 et 14201 de 2008, cit.) qu'une coutume internationale est " en voie de formation " laquelle, compte tenu de son caractère contraignant, de la nature impérative des normes du droit international humanitaire (" normes impératives du droit international général ", selon la formulation de l'article 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969), impose le respect des droits fondamentaux de l'homme, et la protection concrète aux " valeurs universelles qui transcendent les intérêts des différentes communautés étatiques ", vise à limiter l'immunité de responsabilité civile d'un État étranger, dont l'organe, tout en exerçant une activité iure imperii, comme en situation de guerre, s'est cependant rendu auteur d'actes d'une gravité telle qu'elle " sape les fondements mêmes de la

coexistence entre les peuples " (Cour constitutionnelle de Hongrie, n° 53 de 1993), qui peuvent donc être considérés comme des " crimes internationaux " ⁸⁰ ».

Mais dans le cas d'espèce, la Cour a considéré que l'immunité devait s'appliquer, les crimes reprochés ne constituant pas des crimes de droit international.

Dans son rapport⁸¹ présenté lors de la session de 2022, la Commission du droit international cite quelques autres décisions nationales qui, sans toutes suivre le même raisonnement, ont rejeté l'immunité de juridiction matérielle pour certains crimes internationaux. Elle relève en outre : « Il est aussi arrivé que des tribunaux nationaux jugent des représentants d'un État étranger pour des crimes internationaux sans se prononcer sur la question de l'immunité. C'est ce qu'ont fait, par exemple, les tribunaux français dans l'affaire Barbie ».

De quelques autres éléments de pratique des États tendant à écarter l'immunité fonctionnelle en cas de crimes internationaux

En Espagne, l'article 23 de la loi organique du 27 octobre 2015 sur les immunités prévoit que l'immunité fonctionnelle doit être exclue pour les crimes internationaux (crimes contre l'humanité, génocide, crimes de guerre).

En Allemagne, à la suite de la décision de la Cour fédérale de justice allemande, ci-dessus analysée, la jurisprudence a été codifiée le 6 juin 2024 dans le code de l'organisation judiciaire : « L'immunité fonctionnelle n'empêche pas l'extension de la juridiction allemande à la poursuite des crimes visés par le code pénal international ».

Dans un communiqué du ministère de la Justice du 5 juillet 2022⁸², l'Autriche précise que, conformément au droit international coutumier, les chefs d'État, les chefs de gouvernement et les ministres des affaires étrangères en exercice jouissent d'une immunité absolue contre la juridiction des autres États.

Cependant, s'agissant des immunités fonctionnelles, elle fait valoir que l'opinion s'est imposée, en particulier dans les juridictions européennes, que les auteurs des crimes internationaux ne peuvent se réfugier derrière les immunités fonctionnelles pour rester impunis. Cette exception s'applique également aux chefs d'État, chefs de gouvernement et ministres des affaires étrangères d'États étrangers après qu'ils ont cessé d'exercer leurs fonctions.

Pour appuyer sa position, elle se fonde notamment sur les travaux de la commission du droit international. Elle rappelle en outre la décision de la Chambre

⁸⁰ Traduction libre.

⁸¹ Rapport de la Commission du droit international, Soixante-treizième session, 18 avril-3 juin et 4 juillet-5 août 2022, A/77/10, par. 69, p. 247.

⁸² Arrêté du 5 juillet 2022 relatif à la compétence nationale en cas de crimes de guerre commis à l'étranger et d'autres infractions pénales visées à l'article 25 du code pénal et à l'immunité des organes suprêmes d'États étrangers dans le cadre des procédures pénales autrichiennes.

des Lords du 24 mars 1999 dans l'affaire [QV], qui a conclu que le crime de torture ne peut pas être couvert par l'immunité de son auteur, de même que les récentes décisions allemandes.

Les travaux de la Commission du droit international des Nations unies

Le premier rapporteur spécial de la Commission du droit international sur le sujet de l'immunité des agents de l'État, Roman A. Kolodkin, dans son deuxième rapport au cours de la 62^e session, en date du 10 juin 2010, considérait qu'il n'existe pas d'exception à l'immunité des agents des États⁸³. Ce rapport n'a donné lieu à l'adoption d'aucun article.

Pourtant, un an auparavant, en 2009, l'[3]⁸⁴ avait adopté une Résolution sur l'immunité de juridiction de l'État et de ses agents en cas de crimes internationaux prévoyant que, « hors l'immunité personnelle dont un individu bénéficierait en vertu du droit international, aucune immunité n'est applicable en cas de crimes internationaux »⁸⁵.

Dans le cinquième rapport, précité⁸⁶, de la Commission du droit international, un projet d'article 7, provisoirement adopté en 2017, a pour objet d'énoncer que l'immunité fonctionnelle ne s'applique pas à l'égard des crimes internationaux :

« Article 7. Crimes de droit international à l'égard desquels l'immunité *ratione materiae* ne s'applique pas

1. L'immunité *ratione materiae* à l'égard de l'exercice de la juridiction pénale étrangère ne s'applique pas en ce qui concerne les crimes de droit international suivants :

- a) crime de génocide ;
- b) crimes contre l'humanité ;
- c) crimes de guerre ;
- d) crime d'apartheid ;
- e) torture ;
- f) disparitions forcées.

⁸³ Commission du droit international, Deuxième rapport sur l'immunité des représentants de l'État devant la juridiction pénale étrangère, par M. Roman Anatolevich Kolodkin, Rapporteur spécial, Document A/CN.4/631.

⁸⁴ L'[3] a été fondé le 8 septembre 1873, à l'Hôtel de ville de [Localité 10], en Belgique par onze internationalistes de renom. L'[3] est une association scientifique qui a pour but de favoriser le progrès du droit international. En reconnaissance pour son action en faveur de l'arbitrage entre États, moyen pacifique de règlement des conflits, l'[3] a reçu le prix Nobel de la paix.

⁸⁵ [3], Résolution sur l'immunité de juridiction de l'État et de ses agents en cas de crimes internationaux, Session de Naples, 2009, article III.1.

⁸⁶ Commission du droit international, Soixante-huitième session, Genève, 2 mai 10 juin et 4 juillet 12 août 2016 ; Cinquième rapport sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État, établi par Concepcion Escobar Hernandez, Rapporteuse spéciale, A/CN.4/701.

2. Aux fins du présent projet d'article, les crimes de droit international visés ci-dessus doivent s'entendre conformément à la définition qu'en donnent les traités énumérés à l'annexe du présent projet d'articles ».

Les motifs soutenant le projet d'article⁸⁷ sont les suivants :

« 179.[...] on y observe une tendance claire à considérer la commission de crimes internationaux comme l'un des motifs de non-application de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État, soit parce qu'on estime qu'il ne s'agit pas d'actes accomplis à titre officiel, soit parce qu'on considère qu'ils constituent une exception à l'immunité, justifiée par leur gravité ou par l'atteinte aux valeurs et principes reconnus par la communauté internationale dans son ensemble. D'autre part, même si les tribunaux nationaux ont parfois reconnu l'immunité de juridiction pénale étrangère dans le cas de crimes internationaux, n'oublions pas qu'il s'est presque toujours agi d'immunité *ratione personae* et très rarement d'immunité *ratione materiae*. En tout état de cause, il convient de souligner que les cours ou tribunaux pénaux internationaux n'ont jamais reconnu l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État dans l'exercice de leur compétence.[...]

184. À la lumière de ces orientations fournies par la Commission elle-même, nous estimons disposer de suffisamment d'éléments pour affirmer qu'il existe une norme coutumière selon laquelle les crimes internationaux constituent une limite ou exception à l'immunité pour les raisons suivantes :

a) Malgré la diversité des positions adoptées par les juridictions nationales dans les affaires examinées plus haut, la balance semble pencher en faveur de l'existence de l'exception, en particulier, mais non seulement, lorsqu'elles agissent dans le cadre de la juridiction pénale;

b) Dans les cas où les tribunaux nationaux ont appliqué une forme de limite ou d'exception fondée sur la commission de crimes internationaux, ils ont toujours renvoyé à l'incompatibilité de ces crimes vis-à-vis des normes et principes juridiques du droit international contemporain, ce qui permet d'affirmer que les décisions des tribunaux nationaux se fondent sur la conviction qu'ils agissent conformément aux prescriptions du droit international et non en exerçant un pouvoir discrétionnaire absolu, qui par ailleurs serait difficilement compatible avec l'exercice de la fonction judiciaire. [...]

c) La non-applicabilité de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État aux affaires concernant des crimes internationaux se manifeste non seulement dans la pratique judiciaire mais aussi dans les lois internes adoptées au cours des deux dernières décennies, qui ont inclus progressivement une telle limite ou exception dans les droits nationaux;

d) La pratique des États en dehors des domaines législatifs et judiciaires, en particulier au sein des organisations internationales, fait également apparaître que la majorité considère les crimes internationaux comme une limite ou une exception à l'immunité, comme en témoignent en particulier les déclarations faites par les États sur ce point à la Sixième Commission et leurs contributions écrites en réponse aux questions posées par la Commission dans le cadre du présent sujet ;

⁸⁷ dont la rédaction initiale était légèrement différente.

e) L'existence d'une limite ou d'une exception à l'immunité fondée sur la commission de crimes internationaux a également été reconnue dans les écrits des spécialistes de droit public, qu'il convient de considérer comme un « moyen auxiliaire » de détermination de la coutume. Il convient à cet égard de mentionner en particulier l'Institut de droit international qui, depuis le début de ce siècle, a évoqué l'existence de cette exception dans nombre de ses résolutions.

185. Nous devons toutefois noter que les conclusions formulées ci-dessus se heurtent à des arguments critiques exprimés dans certaines publications académiques et par certains États: [...] L'importance de ces arguments ne puisse être ignorée ni minimisée mais nous estimons qu'ils doivent faire l'objet d'une évaluation nuancée. [...]

186. Il convient de noter que la première de ces objections se fonde sur une pratique générale qui concerne non seulement l'immunité des représentants de l'État mais aussi et surtout l'immunité de l'État. Il est peu probable que de tels arguments puissent être jugés pertinents aux fins qui nous intéressent car on peut difficilement considérer qu'ils tiennent compte « du contexte général, de la nature de la règle et des circonstances propres » aux moyens d'évaluation mentionnés plus haut.

187. En second lieu, [...] les décisions de la Cour internationale de Justice et de la Cour européenne des droits de l'homme qui font généralement autorité traitent directement de l'immunité de l'État et, lorsqu'elles ont trait à l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État, sont de portée limitée (en particulier celles de la Cour internationale de Justice), puisqu'elles ne portent que sur l'immunité *ratione personae*.

188. Les arguments concernant le caractère non général de la pratique invoquée pour justifier l'existence d'une limite ou d'une exception à l'immunité ont davantage de valeur. À cet égard, les décisions des tribunaux nationaux, les normes internes et autres déclarations des États sont assurément peu nombreuses et manquent parfois d'homogénéité et d'uniformité [...] Il convient toutefois de noter que la coexistence de jugements appliquant une forme de limite ou d'exception et de jugements appliquant l'immunité malgré l'existence de crimes internationaux n'est absolument pas incompatible avec le processus de formation d'une coutume internationale qui, de par son caractère informel et spontané, permet à des pratiques divergentes de coexister, au moins lors de la formation de la norme, sans que cela nuise à son émergence. [...]

189. Nous estimons donc que la commission de crimes internationaux peut actuellement être considérée comme une limite ou exception à l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État fondée sur une norme de droit coutumier international ».

On peut noter que Hervé Ascensio et Béatrice Bonafé⁸⁸ préconisent de relever l'absence d'immunité matérielle, plutôt que l'exception, car l'absence se déduit de l'interaction entre la règle sur l'immunité et les autres régimes juridiques applicables, notamment le régime de responsabilité pénale individuelle. Le résultat auquel parvient le projet d'article 7 aurait pu, selon eux, découler simplement de l'adaptation des champs d'application respectifs de ces régimes juridiques sans besoin de prouver l'existence d'une norme coutumière prévoyant des exceptions.

⁸⁸ Hervé Ascensio et Béatrice Bonafé, « L'absence d'immunité des agents de l'État en cas de crime international : pourquoi en débattre encore ? », *RGDIP*, 2018, n° 4, pp. 821-850.

L'absence serait alors établie au cas par cas et en fonction de l'évolution dans le temps de ces règles du droit international. Recherchant le critère ayant déterminé le choix des crimes internationaux mentionnés par le projet d'article 7, ils ont proposé de retenir l'absence d'immunité matérielle en cas de « crimes de droit international » entraînant une responsabilité pénale individuelle.

L'adoption provisoire de cet article 7 ne s'est pas faite à l'unanimité, comme usuellement, mais avec 21 voix pour, 8 voix contre, et 1 abstention parmi les présents⁸⁹. Des critiques ont été formulées contre le projet d'article 7⁹⁰.

Ce projet d'article a été à nouveau soumis à la Commission du droit international par le comité de rédaction en 2022 et a été adopté sans vote⁹¹.

Dans son rapport⁹², la commission a précisé que l'adoption de ce texte est justifiée par la prise en compte « des acquis du droit pénal international que sont l'incrimination et la sanction des crimes de droit international les plus graves, la reconnaissance du principe de responsabilité comme un de ses éléments constitutifs, et le renforcement de la lutte contre l'impunité, considérée comme un objectif de la communauté internationale. Si les termes “immunité” et “impunité” ne sont ni équivalents ni interchangeables, il importe d'éviter que l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État n'entraîne l'impunité pour les crimes de droit international les plus graves ».

Au cours de la soixante-quinzième session (2024), les États ont fait part de leurs commentaires sur le projet d'article 7. La France a présenté les observations suivantes⁹³ :

« Le projet d'article 7 constitue la disposition qui soulève le plus d'incertitudes et génère le plus de divisions au sein de la Commission comme des États. Dans ces conditions, de

⁸⁹ Cinquième rapport, *op. cit.*, p. 203 et s.; Sur les tensions relativement à ce vote et les avis dissidents exprimés, cf. H. Ascensio et B. Bonafé, « L'absence d'immunité des agents de l'État en cas de crime international : pourquoi en débattre encore ? », *RGDIP* 2018, n° 4, précité.

⁹⁰ Cf. par exemple Mathias Forteau, « Immunities and International Crimes before the ILC : Looking for Innovative Solutions », *American Journal of International Law*, vol. 112, 2018.

⁹¹ Commission du droit international, Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État, Textes et titres du projet d'articles adoptés par le Comité de rédaction en première lecture, Soixante-treizième session, 18 avril-3 juin et 4 juillet-5 août 2022, Genève, A/CN.4/L.969. Certains membres ont rappelé qu'ils avaient voté contre le projet d'article en 2017 et ont déclaré que l'absence de vote en 2022 ne signifiait pas que le droit ou leurs positions juridiques avaient en quoi que ce soit changé.

⁹² Rapport de la Commission du droit international, Soixante-treizième session, 18 avril-3 juin et 4 juillet-5 août 2022, A/77/10, par. 69, p. 209.

⁹³ Commission du droit international. Soixante-quinzième session, Genève, 29 avril-31 mai et 1er juillet-2 août 2024 ; Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État ; Commentaires et observations reçus des États, p. 62.

l'avis de la France, cette disposition ne pourrait être considérée, en l'état, qu'au titre du développement progressif. La France partage le constat d'une tendance actuelle visant à la reconnaissance de certaines exceptions à l'immunité de juridiction pénale étrangère des agents des États. Néanmoins, la prise en compte de cette évolution dans le projet d'articles soulève notamment deux difficultés.

D'une part, il n'existe pas de liste fixée quant aux crimes pouvant éventuellement fonder une exception à l'immunité de juridiction. À cet égard, la France appelle la Commission à éviter toute énumération qui aurait comme conséquence de cristalliser les éventuelles exceptions et à préciser les raisons à l'origine de son choix.

D'autre part, les conséquences juridiques de cette pratique contemporaine doivent être appréciées avec précaution. En effet, la France estime qu'en l'état actuel du droit international positif, il existe de sérieuses raisons de considérer que l'immunité s'applique, y compris en cas de crimes graves de droit international. Il paraît donc nécessaire que la Commission développe et étaye son analyse sur cette question particulièrement sensible en se fondant sur la pratique des États. [...] ⁹⁴

Par ailleurs, la France relève que, dans le paragraphe 9) des commentaires, la Commission mentionne l'existence d'une « tendance » à la limitation de l'applicabilité de l'immunité *ratione materiae* devant les juridictions internationales.

Il s'agit pourtant d'une question distincte de celle de l'existence éventuelle d'exceptions à cette immunité devant les juridictions nationales, qui seule concerne les travaux de la Commission. [...]

D'une façon plus générale, la France appelle la Commission à faire preuve de prudence et de rigueur dans l'examen de la question, sensible, de l'exception à l'immunité fonctionnelle de juridiction pénale. Il convient de fournir tous les efforts possibles afin de parvenir à un projet d'article 7 consensuel, reflétant l'État du droit international ».

Se sont déclarés favorables au projet d'article 7 de nombreux pays faisant partie de l'Union européenne ou du moins du Conseil de l'Europe, soit l'Autriche, la République tchèque, l'Estonie, l'Allemagne, l'Irlande, les Pays-Bas, la Lettonie, le Liechtenstein, la Lituanie, le Luxembourg, la Norvège s'exprimant pour les pays nordiques (Danemark, Finlande, Islande, Norvège et Suède), la Pologne, le Portugal, la Roumanie, la Suisse et l'Ukraine. L'Australie et le Maroc se sont déclarés également favorables au projet.

Ces États considèrent, soit que le projet d'article 7 reflète le droit coutumier ⁹⁵, soit qu'il doit être adopté comme élément progressif du droit international.

⁹⁴ Suit la citation de la décision de la chambre criminelle rendue en 2021 dans l'affaire de [Localité 4].

⁹⁵ Cf. par exemple commentaires précités, p. 58 : « Selon la pratique et l'*opinio juris* autrichiennes, le droit international coutumier ne prévoit aucune immunité *ratione materiae* pour les auteurs de crimes internationaux, y compris le crime d'agression ». Dans le même sens, les commentaires de la République tchèque, de la Lituanie, du Luxembourg, de la Roumanie, de l'Ukraine.

Les États ayant manifesté leur opposition à ce projet d'article 7 sont le Brésil, l'Iran, Israël, le Japon, la Russie, l'Arabie saoudite, la République islamique d'Iran, Singapour, les Émirats arabes unis et les États-Unis d'Amérique.

Le Royaume-Uni, la Malaisie et le Mexique ont formulé des réserves quant au fond ou à la méthode.

Le parcours de ce projet d'article n'est pas abouti, ni au sein de la Commission du droit international, ni au sein de l'Assemblée générale des Nations unies qui aura à se prononcer à l'issue des travaux finalisés de ladite commission.

En l'État du droit international, l'immunité fonctionnelle connaît-elle, en cas de crimes internationaux, des limites ou exceptions, qui seraient fondées sur l'existence d'un conflit de normes avec des infractions relevant du *jus cogens* ou d'une coutume ?

4. LES ANALYSES POSSIBLES ET LEURS CONSÉQUENCES

4.1 Les analyses possibles

L'assemblée plénière pourrait rejeter le pourvoi en retenant que le demandeur ne bénéficie pas de l'immunité car :

- des crimes internationaux ne peuvent pas être considérés comme des actes de souveraineté ;

et/ou

- la coutume internationale prévoit une exception à l'immunité *rationae materiae* en cas de commission d'un crime international ;

et/ou

- l'immunité ne trouve pas à s'appliquer s'agissant de crimes relevant du *jus cogens*.

A l'inverse, elle pourrait casser l'arrêt aux motifs que la coutume internationale ne prévoit actuellement pas d'exception à l'immunité fonctionnelle en cas de crime international constituant un acte de souveraineté et que l'immunité fonctionnelle s'applique en cas de violation de normes de *jus cogens*.

Sur l'étendue d'une éventuelle cassation, on observera que M. [K] a été aussi mis en examen de chefs délictuels, pour lesquels l'immunité a été écartée par des motifs distincts qui ne sont pas critiqués. Le moyen n'est, par conséquent, opérant que pour les chefs de complicité de crimes contre l'humanité et de crimes de guerre.

4.2 La portée de la décision

Sur la portée de la décision à intervenir, outre les enjeux diplomatiques et politiques, il convient de noter que des poursuites sont actuellement en cours au

tribunal judiciaire de Paris contre d'autres personnes susceptibles de bénéficier de l'immunité fonctionnelle.

La presse s'est faite l'écho de ce que la cour d'assises de Paris a condamné à la réclusion criminelle à perpétuité, le 24 mai 2024, trois hauts responsables syriens pour crimes contre l'humanité en écartant toute immunité fonctionnelle aux motifs suivants :

« Ainsi, la cour estime que les crimes contre l'humanité, considérés comme les plus graves dans la hiérarchie des crimes, ne peuvent être couverts par cette immunité dès lors que leur répression tend à la protection de l'humanité dans ses valeurs fondamentales et universelles, quelques soient les pays et les personnes visées. Il s'agit là d'un patrimoine reconnu universellement et qui implique d'être respecté quels que soient le territoire et le régime concerné. La cour relève par ailleurs que l'application d'une immunité générale permettrait aux auteurs de tels crimes d'échapper aux poursuites et de leur assurer une totale impunité y compris à l'extérieur des frontières nationales.] »

Il conviendra de s'interroger par ailleurs sur la portée, en matière civile, d'une décision admettant une limitation de l'immunité pénale fonctionnelle en matière de crimes internationaux.

Une telle décision, si elle devait être prise par l'assemblée plénière, impliquerait-elle une évolution, parallèle, de la jurisprudence de la première chambre civile en matière de responsabilité de l'État ?

Emanuel Castellarin⁹⁶ ne voit pas pourquoi, sur le plan théorique, l'inspiration du droit positif devrait être différente en matière pénale et en matière civile. En effet, l'immunité affecte l'exercice des compétences juridictionnelles étatiques. Or, ces compétences sont valablement établies en droit international, sauf disposition spéciale, selon les mêmes règles en matière pénale et en matière civile.

Pourtant, la Cour internationale de justice, dans son arrêt Immunités juridictionnelles de l'État⁹⁷, en date du 3 février 2012, a distingué clairement entre les deux types d'immunité, admettant qu'une exception pourrait être prévue en matière d'immunité fonctionnelle des agents de l'État, alors même qu'elle écartait une telle exception en matière d'immunité de l'État lui-même.

⁹⁶ Emanuel Castellarin, « L'immunité de juridiction des organes d'État en cas de crimes internationaux », in D. Simon (ss dir.), *Le droit international des immunités : constantes et ruptures*, Pedone, université Paris I Panthéon-Sorbonne - coll. IREDIES, Perspectives internationales, 2015, n° 36, p. 74.

⁹⁷ CIJ, Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenant) ; arrêt du 3 février 2012.

De même, dans le cinquième rapport sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État ⁹⁸, Concepción Escobar Hernández, rapporteuse spéciale, conclut : « Le régime des limites et exceptions à l'immunité peut donc également différer selon qu'il s'agit de l'immunité de l'État ou de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État, sans qu'il soit possible de transposer l'un à l'autre ».

⁹⁸ Cinquième rapport sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État, établi par Concepción Escobar Hernández, Rapporteuse spéciale, A/CN.4/701, n° 155.