



HAL
open science

Coutume internationale de l'immunité de juridiction et actes de torture

Laurent Desessard

► **To cite this version:**

Laurent Desessard. Coutume internationale de l'immunité de juridiction et actes de torture. Revue pénitentiaire et de droit pénal, A paraître. hal-04025494

HAL Id: hal-04025494

<https://hal.science/hal-04025494v1>

Submitted on 12 Mar 2023

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

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



Distributed under a Creative Commons Attribution - NonCommercial - NoDerivatives 4.0 International License

Droit pénal international

Laurent DESESSARD

Professeur à l'Université de Poitiers

Coutume internationale de l'immunité de juridiction et actes de torture

Cass. crim., 2 sept. 2020, pourvoi n° 18-84.682

Cass. crim., 13 janv. 2021, pourvoi n° 20-80.511

L'immunité de juridiction dont bénéficient les chefs d'État en exercice, ainsi que les agents d'un État pour les actes relevant de l'exercice de la souveraineté de l'État qu'ils représentent, s'oppose à ce que ces personnes puissent faire l'objet de poursuites devant les juridictions pénales d'un État étranger. Cette coutume internationale, consacrée par la Cour de cassation dans son acception personnelle en 2001¹, puis dans son acception fonctionnelle en 2004², est au cœur de deux nouvelles décisions de cette Cour, rendues le 2 septembre 2020 et le 13 janvier 2021, portant l'une et l'autre sur des faits qualifiés d'actes de torture.

L'arrêt du 2 septembre 2020³ est à mettre en lien avec les violences commises en Égypte à la suite du coup d'État du 3 juillet 2013 ayant entraîné la destitution du Président Morsi. Le 26 novembre 2014, premier jour d'une visite officielle en France de l'un des organisateurs de ce coup d'État, nouvellement élu président de la République égyptien, deux personnes victimes de ces violences, ainsi que deux associations, déposent plainte avec constitution de partie civile à l'encontre du chef d'État égyptien pour tortures et actes de barbarie. La date de ces plaintes comme la qualification qui y figure ne sont pas indifférentes, car elles permettent d'envisager la compétence universelle des juridictions françaises prévue à l'article 689-2 du code de procédure pénale, ce dernier autorisant les juridictions françaises à poursuivre et juger toute personne coupable de tortures au sens de l'article 1^{er} de la convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, dès lors que cette personne se trouve en France. En vain. Plusieurs mois après le dépôt de ces plaintes, le juge d'instruction comme la chambre de l'instruction les déclarent irrecevables et ces décisions d'irrecevabilité sont confirmées par la Cour de cassation le 2 septembre 2020, notamment au motif que « *la coutume internationale s'oppose à ce que les chefs d'État en exercice puissent, en l'absence de dispositions internationales contraires s'imposant aux parties concernées, faire l'objet de poursuites devant les juridictions pénales d'un État étranger* ».

¹ Cass. crim., 13 mars 2001, n° 00-87.215 : *Bull. crim.*, n° 64 ; *D.* 2001, p. 2355, obs. M.-H. Gozzi ; *ibid.*, p. 2631, note J.-F. Roulot ; *RSC* 2003, p. 894, obs. M. Massé.

² Cass. crim., 23 nov. 2004, n° 04-84.265 : *Bull. crim.*, n° 292, qui consacre également cette immunité au profit des organes et entités constituant une émanation de l'État.

³ Cass. crim., 2 sept. 2020, n° 18-84.682 : *Dr. penal* 2020, comm. 200, note A. Gogorza ; *AJ pénal* 2020, p. 479, obs. K. Mariat ; *RSC* 2020, obs. X. Pin.

Quant aux faits à l'origine de l'arrêt du 13 janvier 2021⁴, ils concernent deux personnes de nationalité française détenues au camp de Guantanamo Bay, à la suite des opérations déclenchées par les États-Unis après les attentats du 11 septembre 2001. Le 14 novembre 2002, les deux intéressés déposent plainte avec constitution de partie civile pour enlèvement, détention et séquestration arbitraires, leur nationalité française leur permettant de se prévaloir des dispositions de l'article 113-7 du code pénal rendant applicable la loi pénale française à tout crime commis hors du territoire de la République à l'encontre d'une victime de nationalité française. Il faudra cependant attendre 2005, et une première décision de la Cour de cassation⁵ censurant le refus d'informer des juridictions d'instruction dans cette affaire, pour qu'une instruction soit véritablement engagée. Cette dernière va alors conduire deux magistrats instructeurs à de nombreuses investigations sur les conditions de détention au camp de Guantanamo et amener le ministère public à prendre, le 6 octobre 2009, un réquisitoire supplétif pour tortures et actes de barbarie. Mais, là encore, en vain. L'instruction aboutit à une ordonnance de non-lieu le 18 septembre 2017, confirmée par la chambre d'instruction de la cour d'appel de Paris le 19 décembre 2019. Et cette dernière décision est considérée comme justifiée par la Cour de cassation le 13 janvier 2021, notamment au motif que « *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 [relevant de l'exercice de la souveraineté de l'État], devant les juridictions pénales d'un État étranger* ».

Dans ces deux décisions, la Cour de cassation se fonde ainsi, et à nouveau, sur la coutume internationale de l'immunité de juridiction pour justifier de l'impossibilité de poursuivre devant les juridictions françaises un chef d'État en exercice – c'est l'arrêt du 2 septembre 2020 –, ainsi qu'un ancien chef d'État et d'anciens membres du gouvernement, fonctionnaires ou membres de l'armée de cet État – c'est l'arrêt du 13 janvier 2021. Elle nous rappelle par là même que la coutume internationale de l'immunité de juridiction profite à tous ceux qui, par leur fonction ou dans le cadre de leur fonction, peuvent être considérés comme agissant ou ayant agi au nom de l'État qu'ils représentent. L'immunité de juridiction va ainsi bénéficier à certains représentants d'un État en raison même de leur fonction. Cette immunité dite personnelle ou *rationae personae* a été consacrée, comme il a été dit, par la Cour de cassation en 2001 au profit des chefs d'État en exercice et trouve donc une nouvelle illustration dans son arrêt du 2 septembre 2020 concernant l'actuel président de la République égyptien. Elle a également été admise au bénéfice d'un ministre des affaires étrangères en exercice par la Cour internationale de justice dans un célèbre arrêt de 2002⁶, et ce en raison des fonctions de l'intéressé⁷ et « *pour lui permettre de s'acquitter librement de [celles-ci] pour le compte de*

⁴ Cass. crim., 13 janv. 2021, n° 20-80.511 : *Bull. crim.*, à paraître; *AJ pénal* 2021, p. 158, obs. K. Mariat.

⁵ Cass. crim., 4 janv. 2005, n° 03-84.652: *Bull. crim.*, n° 1 ; *AJ pénal* 2005, p. 158, obs. G. Roussel ; *RSC* 2005, p. 297, obs. G. Vermelle.

⁶ CIJ, aff. du mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République Démocratique du Congo c. Belgique), 14 févr. 2002 : *Rec.* 2002, p. 3.

⁷ Pour la Cour, « *un ministre des affaires étrangères, responsable de la conduite des relations de son État avec tous les autres États, occupe une position qui fait qu'à l'instar du chef de l'Etat et du chef du gouvernement il se*

l'État qu'il représente »⁸. Un ministre des affaires étrangères également visé par la Cour de cassation au côté du chef d'État et du chef de gouvernement dans un arrêt du 15 décembre 2015 approuvant une chambre de l'instruction d'avoir refusé le bénéfice de cette immunité de juridiction à un second vice-président d'une République, dès lors notamment que celui-ci « *n'exerçait pas les fonctions de chef d'État, de chef du gouvernement ou de ministre des affaires étrangères* »⁹. L'immunité de juridiction peut cependant également bénéficier à tous les agents d'un État, quelles que soient leurs fonctions, pour les actes relevant de l'exercice de la souveraineté de l'État qu'ils représentent, nous indique la Cour de cassation dans son arrêt du 13 janvier 2021, reprenant une solution dégagée par cette même Cour en 2004¹⁰. Cette immunité de juridiction dite fonctionnelle ou *rationae materiae* n'est donc pas liée aux fonctions exercées par un agent de l'État, mais aux actes accomplis dans l'exercice de ses fonctions, la Cour de cassation faisant une distinction entre les actes relevant de l'exercice de la souveraineté et les simples actes de gestion. Pour la Cour de cassation, pour que cette immunité puisse jouer, il faut ainsi que les actes reprochés participent à l'exercice de la souveraineté de l'État, par leur nature ou leur finalité. Or les opérations déclenchées à la suite des attentats du 11 septembre 2001 ayant conduit à l'arrestation et à la détention de nos deux Français à Guantanamo, pour regrettables qu'elles soient dans leurs conséquences, ne pouvaient, en aucun cas, être considérées comme de simples actes de gestion et partant ne pouvaient que conduire la Cour de cassation à les qualifier d'actes relevant de l'exercice de la souveraineté de l'État, actes pour lesquels l'immunité fonctionnelle joue pleinement.

Dans tous les cas, la coutume internationale de l'immunité de juridiction ne fait cependant pas obstacle à toutes poursuites. Dans les deux arrêts commentés, comme dans l'ensemble des décisions rendues par la Cour de cassation en la matière, la Haute juridiction affirme toujours que l'immunité de juridiction s'oppose aux poursuites des personnes concernées « *devant les juridictions pénales d'un État étranger* ». Il en résulte qu'elle ne fait donc pas obstacle à des poursuites devant les juridictions pénales de l'État que ces personnes représentent ou bien devant une juridiction pénale internationale. La Cour internationale de justice l'a expressément affirmé dans son arrêt précité de 2002, en jugeant qu'un ministre des affaires étrangères en exercice peut notamment être traduit devant les juridictions pénales de son pays conformément aux règles prévues par son droit interne ou devant une juridiction pénale internationale si celle-ci est compétente ; l'immunité de juridiction n'étant pas synonyme d'impunité¹¹. Devant les juridictions pénales internationales, l'ineffectivité de cette immunité de juridiction coutumière a d'ailleurs été confirmée par le statut de Rome. Elle résulte des dispositions de son article 27, § 2, prévoyant que « *les immunités ou règles de procédure spéciales qui peuvent s'attacher à la qualité officielle d'une personne, en vertu du droit*

voit reconnaître par le droit international la qualité de représenter son État du seul fait de l'exercice de sa fonction », CIJ, 14 févr. 2002, *op. cit.*, § 53.

⁸ *Ibid.*

⁹ Cass. crim., 15 déc. 2015, n° 15-83.156 : *Bull. crim.*, n° 841.

¹⁰ Sur cette immunité fonctionnelle, V. aussi Cass. crim., 19 janv. 2010, n° 09-84.818 : *Bull. crim.*, n° 9 et 16 oct. 2018, n° 16-84.436 : *Bull. crim.*, n° 168 ; *Dr. pénal* 2019, comm. 1, note. A. Gogorza.

¹¹ CIJ, 14 févr. 2002, *op. cit.*, § 61.

interne ou du droit international, n'empêchent pas la Cour d'exercer sa compétence à l'égard de cette personne ». Pour la Cour pénale internationale, ces dispositions reflèteraient même l'état du droit international coutumier¹². La coutume internationale de l'immunité de juridiction ne peut de la sorte jouer devant la Cour pénale internationale, à partir du moment où les actes reprochés aux personnes qui en bénéficient constituent l'un des crimes relevant de sa compétence et donc peuvent être qualifiés de génocide, de crimes contre l'humanité, de crimes de guerre ou de crime d'agression. Or les actes reprochés dans les deux affaires – des actes de torture et de barbarie – ne font pas partie, du moins en tant que tels, des actes pouvant relever de la compétence de la Cour pénale internationale et, partant, pour lesquels des poursuites pourraient être envisagées devant cette Cour sans que l'immunité de juridiction y fasse obstacle. Il en résulte que si la coutume internationale de l'immunité de juridiction ne fait pas obstacle à toutes poursuites en matière de torture, elle les rend néanmoins particulièrement difficiles à partir du moment où elles ne sont quasiment envisageables que devant les juridictions de l'État que les personnes concernées représentent. Ce qui peut paraître insuffisant pour des faits que la communauté internationale réproouve.

Pour la Cour de cassation, la coutume internationale de l'immunité de juridiction peut toutefois être écartée par le droit international dans certains cas. C'est ce qu'elle admet lorsqu'elle indique, dans les deux arrêts, que cette coutume s'oppose à des poursuites des personnes concernées devant les juridictions françaises « *en l'absence de dispositions internationales contraires s'imposant aux parties concernées* ». Cette condition d'application de l'immunité de juridiction, n'est pas nouvelle, puisqu'elle était déjà présente dans son arrêt de 2001. Hier comme aujourd'hui, elle pose cependant la question de savoir si de telles dispositions existent. En 2001, la Cour de cassation avait jugé que de telles dispositions n'existaient pas en matière de terrorisme. En 2020 et 2021, elle juge que de telles dispositions n'existent pas non plus pour les actes de torture. Il existe pourtant une convention internationale – la Convention des Nations Unies contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants du 10 décembre 1984 – qui prohibe de tels actes. Et cette convention a été ratifiée par la France, ainsi que par l'Égypte et les États-Unis d'Amérique. Il existe donc, en matière de torture, « *des dispositions internationales (...) s'imposant aux parties concernées* », pour reprendre la formule utilisée par la Cour de cassation dans ses arrêts de 2020 et 2021. Mais si ces dispositions conventionnelles prévoient que chaque État partie doit veiller à ce que tous les actes de torture constituent des infractions au regard de son droit pénal (art. 4) et prendre les mesures nécessaires pour établir sa compétence aux fins de connaître de ces infractions dans un certain nombre de cas (art. 5), elles n'évoquent nullement la question des immunités et ne sont donc pas « *des dispositions internationales contraires* » à la coutume internationale de l'immunité de juridiction. La Cour de cassation aurait pu en conséquence se contenter d'affirmer ensuite, comme en 2001, qu' « *en l'état du droit international, les crimes dénoncés, quelle qu'en soit la gravité, ne*

¹² CPI, ch. d'appel, 6 mai 2019, n° 02/05-01/09 OA2 : *AJ pénal* 2019, p. 553, obs. B. Drevet. Sur les précédentes décisions rendues dans la même affaire, V. L. Desessard, « Immunité des chefs d'État et Cour pénale internationale », *Rev. pénit.* 2012, p. 459 ; « Non-exécution par l'Afrique du Sud et la Jordanie de leur obligation d'arrêter et de remettre Omar Al Bashir à la Cour pénale internationale », *Rev. pénit.* 2018, p. 431.

relèvent pas des exceptions au principe de l'immunité de juridiction ». Toutefois, avant de formuler une telle conséquence, elle prend le soin de préciser, dans ses deux arrêts, qu' « 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 ». En somme, confronté à un principe de droit international, et en l'absence de dispositions internationales contraires explicites, elle considère qu'il ne lui appartient pas d'apporter des dérogations à cette immunité de juridiction, seule la communauté internationale étant compétente pour le faire.

Pour la Cour de cassation, la remise en cause de la coutume internationale de l'immunité de juridiction devant les juridictions pénales d'un État étranger ne peut ainsi venir que du droit international. Ce qu'elle confirme *in fine* en rejetant, dans les deux arrêts, l'argument selon lequel cette immunité porterait une atteinte excessive au droit d'accès à un tribunal garanti par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, dès lors qu'un tel droit n'est pas absolu et ne s'oppose pas à une limitation découlant de l'immunité des États étrangers et de leurs représentants et « *que cette limitation est consacrée par le droit international et ne va pas au-delà des règles généralement reconnues en matière d'immunité des États* ».

15 juin 2021