



**L'IMMUNITE DES CHEFS D'ETATS EN EXERCICE
ET
LES INFRACTIONS ECONOMIQUES ET FINANCIERES**

Novembre 2007

Marie-Caroline Caillet

Juriste - Sherpa

Sous la direction de M. William Bourdon, Président de Sherpa
Et de M. Jean-Pierre Getti, Vice-président de Sherpa

Avec la Participation de Joseph Breham

INTRODUCTION

Les immunités juridictionnelles et d'exécution des chefs d'État en exercice ne résultent d'aucun texte écrit mais sont issues de la coutume internationale. L'existence d'une telle coutume ne fait aucun doute. Mais c'est l'affirmation du caractère absolu de ce principe d'immunité qui est remis en cause.

La tendance des tribunaux nationaux ces dernières années ainsi que la multiplication d'un certain nombre de textes nationaux et internationaux, illustrent la volonté des États de reconnaître des dérogations au principe d'immunité des chefs d'État en exercice dans des domaines particuliers, sans pour autant remettre en cause son bien-fondé. Pourtant, parce qu'issu d'une règle non écrite, le cœur du problème se trouve dans la détermination du contenu de ces exceptions.

En matière d'infractions économiques et financières plus particulièrement, il est manifeste que les États entendent limiter l'immunité qui protège les chefs d'État en exercice. Les divers instruments nationaux, régionaux et internationaux qui ont vu le jour ces dix dernières années en matière de corruption tendent tous à reconnaître l'existence d'une exception à ce principe d'immunité des chefs d'État pour ces infractions spécifiques.

Reconnaître une telle exception n'est finalement pas surprenant, étant donné que les sanctions qui s'attachent à ces infractions ne se heurtent nullement aux buts poursuivis par le principe d'immunité.

1. DES SOLUTIONS ACQUISES.

Il n'y a plus d'immunité pour les Chefs d'Etat à la retraite. Cette affirmation partagée par une majorité des États est également admise par les juridictions des pays du sud. C'est en ce sens que s'est prononcé la Cour Suprême du Chili s'agissant du Général Augusto PINOCHET et qu'un juge d'instruction sénégalais a, en janvier 2000, inculpé Monsieur Hissène HABRE, ancien Président de la République du Tchad du chef de tortures.

Il est également acquis que les Chefs d'Etat en exercice s'ils sont poursuivis par une juridiction internationale, ne peuvent opposer une quelconque immunité.

Concernant les chefs d'États en exercice, le principe de l'immunité du fait des poursuites exercées par un juge national, issu de la coutume internationale, a été réaffirmé par la Cour de Cassation le 13 mars 2001 dans l'affaire Kadhafi et par la Cour Internationale de Justice le 14 février 2002 dans l'affaire Yérodia.

L'existence d'exceptions à ce principe s'affirme de plus en plus, notamment par la Cour de Cassation dans l'arrêt susmentionné.

Le contenu de ces exceptions reste en revanche à déterminer. Le principe d'immunité étant issu de la coutume internationale, c'est donc par l'étude des deux éléments qui la constituent que le contenu de ces exceptions pourra être identifié.

2. LA COUR DE CASSATION ET LA COUTUME.

La Cour de Cassation a toujours montré une certaine réticence à appliquer des règles issues de la coutume internationale et notamment à les faire prévaloir sur la loi, du fait du flou qui entoure leur contenu ⁽¹⁾. Cette réticence s'explique par l'une des règles fondamentales du droit pénal selon laquelle il n'y a pas d'infraction sans texte ⁽²⁾.

La prise en compte d'une règle non écrite tirée de la coutume internationale ne se heurte néanmoins pas aux mêmes obstacles s'agissant d'accorder des droits à des individus ; c'est d'ailleurs pour cette raison que la Cour de cassation a accepté en 2001, d'appliquer le principe général d'immunité en faveur des chefs d'États étrangers en exercice, pourtant issu de la coutume internationale ⁽³⁾.

Dans cet arrêt, la Cour de Cassation a également reconnu que ce principe n'était pas

¹ Cass. Crim., 18 juin 2003, dans l'affaire qui opposait la FIDH au général Aussaresses, c'est en ce sens que la Cour s'est prononcé en estimant que les actes reprochés au général ne pouvaient être qualifiés de crime contre l'humanité en l'absence de toute disposition dans le code pénal au moment des faits : « la coutume internationale ne saurait pallier l'absence de texte incriminant, sous la qualification de crime contre l'Humanité, les faits dénoncés par la partie civile ».

² Selon Beccaria, dans son *Traité des délits et des peines*, « (...) les lois seules peuvent fixer les peines de chaque délit, et le droit de faire des lois pénales ne peut résider que dans la personne du législateur, qui représente toute la société unie par un contrat social ». Beccaria démontre alors l'importance d'écrire et de compiler les règles de droit pour l'organisation du contrat social, ce qui n'est pas encore le cas au XVIII^{ème} siècle. Cesare Beccaria, « Des délits et des peines », Ed. Du Boucher, 2002, p.14

³ Cass. Crim., 13 mars 2001, R.G.D.I.P., 2001, 474 et note Fl. POIRAT

dépourvu d'exception, sans toutefois en rechercher le contenu.

3. LA RECHERCHE DU CONTENU D'UNE REGLE COUTUMIERE.

La Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités, ratifiée par la France, le prévoit expressément dans son préambule :

"Les règles du droit international coutumier continueront à régir les questions non réglées par la présente convention. »

L'article 38 b) et c) du Statut de la Cour Internationale de Justice (CIJ) autorise quant à lui cette juridiction à appliquer :

« La coutume internationale comme preuve d'une pratique générale, acceptée comme étant le droit" et "les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées".

La difficulté reste alors de reconnaître ou non l'existence d'une règle coutumière dans les exceptions au principe de l'immunité. Il faut pour ce faire, rechercher les deux éléments constitutifs de la coutume, à savoir l'élément subjectif et l'élément objectif :

- Le premier illustre la conscience des Etats à appliquer une obligation juridique à laquelle ils se sentent liés ; il s'agit de *l'opinio juris sive necessatis*.

- L'existence de la coutume est au surplus subordonnée à l'existence d'un élément objectif correspondant à une pratique constante et générale des Etats, qui peut se traduire de manière positive ou passive ⁽⁴⁾.

L'existence d'une règle coutumière doit donc être démontrée. L'article 15 du statut de la Commission de droit international des Nations Unies indique à ce titre que l'on ne peut envisager la codification d'une règle et donc supposer son caractère coutumier que dans la mesure où l'on dispose de l'appui "d'une pratique étatique considérable, de précédents jurisprudentiels et d'opinions doctrinales convergentes". Dans un arrêt de la Chambre d'Accusation de la Cour d'Appel de Paris du 22 octobre 2000 ⁽⁵⁾ relative à la question de l'immunité d'un chef d'état étranger, le juge a d'ailleurs reconnu d'une part que :

"la coutume internationale (...) régit les rapports entre les Etats, qu'elle a la même autorité juridique que les traités" et d'autre part que "la France a, dans le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, reprise par référence par la Constitution de 1958, consacré la force de la coutume internationale dans l'ordre juridique interne".

D'autre part, les magistrats ont reconnu que :

"L'immunité de juridiction des chefs d'Etats étrangers qui a toujours été admise par la société internationale (...) "comporte cependant depuis la fin de la seconde guerre mondiale, des limites".

Il ne fait aucun doute que le principe même de l'immunité juridictionnelle des chefs d'États est issu d'une coutume internationale applicable dans l'ordre interne. Mais ce principe est loin d'être dépourvu d'exception et tant la pratique des Etats ces dernières années, que leur *opinio juris*, dévoilent l'existence de limites indéniables au principe d'immunité des chefs d'États étrangers en exercice.

4. LA RECONNAISSANCE D'EXCEPTIONS AU PRINCIPE DE L'IMMUNITÉ DES CHEFS D'ETATS ETRANGERS EN EXERCICE TIREE DE LA PRATIQUE ET DE L'OPINIO JURIS DES ETATS.

Divers traités et conventions internationales reconnaissent depuis longtemps la nécessité de poser des limites au principe de l'immunité des chefs d'États en exercice. Nous étudierons d'abord le cas de la France avant de voir plus largement celui de la communauté des États.

4.1 Le Conseil Constitutionnel français a eu à se prononcer, dans sa décision du 22 janvier 1999, sur la compatibilité de l'ordre juridique français avec le statut de la Cour Pénale internationale.

Le Conseil a ainsi précisé que l'article 27 du statut était contraire au régime particulier de responsabilité institué notamment par l'article 68 de la Constitution :

« Considérant qu'il résulte de l'article 68 de la Constitution que le Président de la République, pour les actes accomplis dans l'exercice de ses fonctions et hors le cas de haute trahison, bénéficie d'une immunité ; qu'au surplus, pendant la durée de ses fonctions, sa responsabilité pénale ne peut être mise en cause que devant la Haute Cour de Justice, selon les modalités fixées par le même article. »

Dans un communiqué du 10 octobre 2000, le Conseil est venu préciser la portée de ce

⁴ CPIJ, Affaire du Lotus, 7 septembre 1922.

⁵ Chambre d'accusation, CA paris, 20 octobre 2000,

Considérant en affirmant que le statut pénal du chef d'État ne lui confère pas « *une immunité pénale mais un privilège de juridiction pendant la durée de son mandat* » qui ne lui permet d'être poursuivi que devant la Haute Cour de Justice.

Ainsi, pour les actes détachables de ses fonctions et commis pendant son mandat ou ceux commis dans l'exercice de ses fonctions mais qualifiés de haute trahison, le Président de la République pourra être poursuivi devant la Haute Cour de Justice (6).

Cette position ne concerne spécifiquement que le cas de la France et du Président Français. Il illustre pourtant la volonté, même au niveau national, de poser des limites à la protection que fournit l'immunité au plus haut représentant de l'État. Concernant les chefs d'État étrangers, sujet qui nous concerne, une tendance pourrait soutenir que, de la même manière, les chefs d'États étrangers peuvent être poursuivis désormais devant la Cour Pénale Internationale conformément à son statut et que les tribunaux français devraient donc sur ce chef, rejeter leur compétence.

Il faut pourtant rappeler que cette Cour n'est compétente que pour les crimes commis après son entrée en vigueur et pour ceux qui entrent dans le champ de son statut. Or, les infractions financières et économiques n'entrent pas aujourd'hui dans le champ de sa compétence. Le principe de complémentarité entre la CPI et les tribunaux nationaux doit alors permettre de combler une telle lacune juridique. Ce n'est en effet pas le principe de l'immunité qui pourrait alors protéger les chefs d'États mais un vide juridique, ce qui ne peut être acceptable. Or, la France étant partie à la Convention contre la corruption, comme nous le verrons, elle se doit, d'après ce qu'il vient d'être exposé, d'accepter cette compétence pour les crimes entrant dans son champ d'application.

4.2 Projet de loi portant adaptation du droit pénal à l'institution de la Cour pénale Internationale, du 26 juillet 2006 (7)

Les crimes contre l'humanité visés par la Convention de Rome du 18 juillet 1998 seront donc insérés dans le Code Pénal français. Rien n'est prévu concernant une quelconque immunité des chefs d'États en exercice,

conformément aux buts poursuivis par la convention. En outre, les crimes et délits visés concernent autant les individus, que les chefs militaires et a fortiori les chefs d'États qui auraient donné l'ordre de commettre ces crimes. Cette interprétation est tout cas conforme avec le principe de complémentarité qui s'attache aux juridictions nationales par rapport à la Cour Pénale Internationale. Par l'intégration de ces règles dans l'ordre juridique français, la France exprime clairement son sentiment de se sentir liée par ces règles.

4.3 La reconnaissance par le juge français d'exceptions au principe de l'immunité des chefs d'Etat en exercice.

Dans l'affaire du 22 octobre 2000 précitée, les juges, après avoir reconnu que l'immunité juridictionnelle ne résultait d'aucun texte écrit et après avoir admis que la coutume était bien source de droit, ont affirmé que les principaux traités et conventions ratifiés par la France,

« loin de constituer des exceptions limitatives à une immunité absolue, traduisent, au contraire, la volonté de la communauté internationale de poursuivre les faits les plus graves, y compris lorsqu'ils ont été commis par un chef d'Etat dans l'exercice de ses fonctions, dès lors que ceux-ci constituent des crimes internationaux, contrairement aux exigences de la conscience universelle ».

Sur le pourvoi formé par le procureur général près la cour d'appel de Paris, la chambre criminelle de la Cour de cassation, dans un arrêt du 13 mars 2001 (8), a cassé cet arrêt au motif :

« qu'en se prononçant ainsi, alors qu'en l'état du droit international, le crime dénoncé, quelle qu'en soit la gravité, ne relève pas des exceptions au principe de l'immunité de juridiction des chefs d'Etat étrangers en exercice, la chambre d'accusation a méconnu le principe susvisé »

Les limites de cet arrêt : cette affaire concerne spécifiquement la complicité d'un chef d'Etat étranger de destruction d'un bien par l'effet d'une substance explosive ayant entraîné la mort d'autrui, en relation avec une entreprise terroriste comme le relève à juste titre la Cour. La Cour reconnaît par conséquent explicitement l'existence d'exceptions au principe de l'immunité juridictionnelle des chefs d'Etats étrangers en exercice mais considère que le crime dénoncé n'entre pas dans le cadre de ces

6 Conclusions du Premier Avocat General près la Cour de Cassation M. de Gouttes, sous l'arrêt de l'Ass. plen. 10 octobre 2001

7 Projet de loi n°3271

8 Cass. Crim. 13 mars 2001, R.G.D.I.P., 2001, 474 et note Fl. POIRAT

exceptions. Au visa des principes généraux du droit international, La cour met en avant le principe selon lequel :

« la coutume internationale s'oppose à ce que les chefs d'Etat en exercice puissent, en l'absence de dispositions contraaires s'imposant aux parties concernées, faire l'objet de poursuites devant les juridictions pénales d'un Etat étranger ; »

Dans cet attendu de principe, la Cour semble opérer une hiérarchie entre la coutume internationale et les dispositions « s'imposant aux parties concernées ». Or, s'il n'existe pas de conventions internationales propres à l'immunité des chefs d'États en exercice, le nombre de textes internationaux s'imposant aux États et faisant référence aux limites de ce principe ne cesse de croître, en imposant aux États de limiter les privilèges de juridictions attachés aux chefs d'états étrangers en exercice. En tirant les conséquences de cet attendu de principe, les juges doivent donc se référer à l'ensemble de ces textes qui, depuis, sont entrés en vigueur, et prendre en compte en outre la spécificité des délits et crimes financiers, comme nous le verrons avec la Convention des Nations Unies contre la corruption.

4.4 Le Statut de Rome instaurant la Cour pénale Internationale, entrée en vigueur le 1er juillet 2002.

Le Préambule du statut de Rome exprime clairement les principes auxquels les Etats parties ont entendu être liés :

« 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 par le renforcement de la coopération internationale,

Déterminés à mettre un terme à l'impunité des auteurs de ces crimes et à concourir ainsi à la prévention de nouveaux crimes,

Rappelant qu'il est du devoir de chaque État de soumettre à sa juridiction criminelle les responsables de crimes internationaux, »

L'article 27 notamment, ne fait aucun doute sur la question des immunités des chefs d'États, affirmant que :

« 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. »

De ce statut, la Cour d'appel de la chambre de l'instruction en a déduit dans l'affaire précitée Kadhafi de 2001, qu'il appartient aux États de juger tous les crimes internationaux, et pas seulement les crimes de guerre, les crimes contre l'humanité et le crime d'agression, directement visés par le Traité, et "ce quand bien même la personne poursuivie aurait la qualité officielle de chef d'Etat ou de gouvernement", autrement dit, quels que soient la qualité, le rang ou le statut de l'auteur ou du complice d'une telle infraction.

- Une disposition analogue figure dans le **Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité** adopté en 1991 puis reprise dans la version de 1996 par la Commission du droit international et qui devrait être appliquée tant par les juridictions nationales qu'internationales, réaffirme les principes de Nuremberg. L'article 11 énonce ainsi, sous la section "qualité officielle et responsabilité pénale", que :

"la qualité officielle de l'auteur d'un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité, même s'il a agi en qualité de chef d'État ou de gouvernement, ne l'exonère pas de sa responsabilité pénale et n'est pas un motif de diminution de la peine (9)".

Les statuts des deux tribunaux pénaux internationaux ad hoc pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda exprimaient déjà cette intention dans leurs articles respectifs 7-2 et 6-2, dans les termes suivants :

« La qualité officielle d'un accusé, soit comme chef d'État ou de gouvernement, soit comme haut fonctionnaire, ne l'exonère pas de sa responsabilité pénale et n'est pas un motif de diminution de la peine. »

Les décisions prises à l'encontre de Slobodan Milosevic pour des actes commis dans le cadre de ses fonctions par le TPIY, illustrent cette tendance à ne pas considérer le principe de l'immunité comme dépourvu de toute exceptions (10).

⁹ Commission du droit international. Rapport sur le projet de Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité. Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarante-huitième session, 6 mai-26 juillet 1996. Doc. ONU A/51/10 (1996), art. 7.

¹⁰ TPIY, le procureur c. Milosevic et autres, IT-02-54

Le développement d'infractions sur le plan du droit international et la mise en place de tribunaux aptes à les sanctionner, quelque soit le niveau hiérarchique de la personne concernée, traduit la volonté des États de s'opposer à ce que certaines personnes profitent de leur statut protégé pour se soustraire au respect de certaines règles, considérées par la communauté internationale comme fondamentales.

4.5 Résolution de l'institut de droit international de 2001, session de Vancouver ⁽¹¹⁾ :

« Rappelant que les immunités reconnues à un chef d'Etat ou de gouvernement n'impliquent aucunement qu'il soit en droit de ne pas respecter les règles en vigueur sur le territoire du for ;

Soulignant que ces immunités ne devraient pas lui permettre de s'approprier frauduleusement des avoirs de l'Etat qu'il représente et que tous les Etats doivent se prêter mutuellement assistance en vue de la restitution de ces avoirs à l'Etat auquel ils appartiennent, conformément aux principes rappelés par l'Institut dans la Résolution qu'il a adoptée, lors de sa Session d'Oslo (1977), sur "Les demandes fondées par une autorité étrangère ou par un organisme public étranger sur les dispositions de son droit public" ; »

Article 4 :

« 2. Lorsque la légalité de l'appropriation d'un bien ou de tout autre avoir détenu par ou pour le compte d'un chef d'Etat prête sérieusement à doutes, les dispositions qui précèdent n'empêchent pas les autorités de l'Etat dans le territoire duquel ces biens ou avoirs sont localisés de prendre à leur égard les mesures provisoires jugées indispensables pour en conserver le contrôle tant que la légalité de leur appropriation n'est pas établie à suffisance de droit.

3. Conformément à leur devoir de coopération, les Etats devraient prendre toute mesure utile pour lutter contre les pratiques illicites, notamment en identifiant l'origine des dépôts et des mouvements de fonds et en fournissant toute information à leur propos. »

Au regard de ce texte, le principe même de l'immunité des chefs d'États en exercice n'est pas remis en cause et son bien-fondé non plus. Il y est en revanche rappelé que cette protection ne saurait empêcher le respect des règles de droit de l'État du for et qu'elle ne devrait pas servir la

personne bénéficiaire de cette protection à s'enrichir de manière illicite.

L'institut de droit international a pour but de favoriser le progrès du droit international depuis 1873 et se compose d'au moins 130 éminents juristes venant de divers pays. Les avis issus de cet institut expriment l'opinion d'une grande partie de la doctrine sur des points techniques du droit international, ce qui est reconnu par la communauté internationale. La position de l'institut à l'égard de l'immunité des Chefs d'États en exercice doit donc être prise en compte concernant les limites à poser à ce principe.

4.6 Convention de Bâle, du 16 mai 1972 sur l'immunité des Etats, signée par le Conseil de l'Europe en 1972. Dans le préambule, le Conseil de l'Europe exprime les motivations à son adhésion :

« Tenant compte du fait que se manifeste dans le droit international une tendance à restreindre les cas dans lesquels un Etat peut invoquer l'immunité devant les tribunaux étrangers; »

Cette convention prévoit notamment les différentes situations dans lesquelles l'Etat contractant ne peut se prévaloir de son immunité. Il en est ainsi en matière de bien meubles et immeubles :

Article 9 :

« Un Etat contractant ne peut invoquer l'immunité de juridiction devant un tribunal d'un autre Etat contractant si la procédure a trait :

a) à un droit de l'Etat sur un immeuble, à la possession d'un immeuble par l'Etat ou à l'usage qu'il en fait; ou

b) à une obligation qui lui incombe, soit en sa qualité de titulaire d'un droit sur un immeuble, soit en raison de la possession ou de l'usage de ce dernier, et si l'immeuble est situé sur le territoire de l'Etat du for. »

Article 10 :

« Un Etat contractant ne peut invoquer l'immunité de juridiction devant un tribunal d'un autre Etat contractant si la procédure a trait à un droit sur des biens, mobiliers ou immobiliers, dépendant d'une succession ou d'une donation, ou vacants. »

Dans la lignée de cette convention, la **Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens du 2 décembre 2004** exprime le même souci en posant un principe d'immunité

¹¹ Institut de droit international, « Les immunités de juridiction et d'exécution du chef d'Etat et de gouvernement en droit international », (Treizième Commission, Rapporteur : M. Joe Verhoeven), Session de Vancouver, 2001

mais en prévoyant des limites selon les circonstances.

Les limites posées par ces conventions concernent les États, et non expressément leurs dirigeants, qui pourtant en sont l'émanation. Néanmoins, les règles concernant les chefs d'États n'étant pas écrites et restant donc imprécises, il faut tenir compte pour mieux les appréhender de la volonté des États et des divers organes internationaux. Ils posent indéniablement le principe de l'immunité juridictionnelle mais restent conscients que des limites sont nécessaires en certaines circonstances, notamment lorsque les questions soulevées devant un juge ne portent pas atteinte à l'intégrité et à la souveraineté de l'État et n'entravent pas son bon fonctionnement.

4.7 Des textes plus anciens mais toujours en vigueur :

- **La Convention de Vienne du 18 avril 1961 sur les relations diplomatiques** précise que le diplomate jouit d'une immunité de juridiction totale mais prévoit tout de même des exceptions, notamment dans son article 31 :

« 1. L'agent diplomatique jouit de l'immunité de la juridiction pénale de l'État accréditaire. Il jouit également de l'immunité de sa juridiction civile et administrative, sauf s'il s'agit :

a) D'une action réelle concernant un immeuble privé situé sur le territoire de l'État accréditaire, à moins que l'agent diplomatique ne le possède pour le compte de l'État accréditant aux fins de la mission; (...)

c) D'une action concernant une activité professionnelle ou commerciale, quelle qu'elle soit, exercée par l'agent diplomatique dans l'État accréditaire en dehors de ses fonctions officielles. »

- **La Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide**, du 9 décembre 1948, prévoit dans son article IV :

« Les personnes ayant commis le génocide ou l'un quelconque des autres actes énumérés à l'Article III seront punies, qu'elles soient des gouvernants, des fonctionnaires ou des particuliers. »

- **Le statut du tribunal militaire international de Nuremberg** dispose dans son article 7 que :

"La situation officielle des accusés, soit comme chefs d'États, soit comme hauts fonctionnaires, ne sera

considérée ni comme une excuse absolutoire ni comme un motif de diminution de la peine (12)." »

Et précise en outre que :

« la protection que le droit international assure aux représentants de l'État ne saurait s'appliquer à des actes criminels. Les auteurs de ces actes ne peuvent invoquer leur qualité officielle pour se soustraire à la procédure normale et se mettre à l'abri du châtement (1er octobre 1946) »

Le statut du tribunal de Nuremberg est particulièrement important car il a dégagé un grand nombre de règles coutumières.

- **le statut du tribunal militaire international de Tokyo** du 19 janvier 1946. Ce texte exprime également dans son article 6 sa volonté de limiter les immunités en affirmant que la position officielle d'un individu ne saurait le décharger de la responsabilité qui pèse sur lui, quelque soit le crime.

« Neither the official position, at any time, of an accused, nor the fact that an accused acted pursuant to order of his government or of a superior shall, of itself, be sufficient to free such accused from responsibility for any crime with which he is charged, but such circumstances may be considered in mitigation of punishment if the Tribunal determines that justice so requires. »

Ces nombreux textes internationaux confirment que la pratique et la volonté des États posent des exceptions au principe de l'immunité des chefs d'État en exercice. Quant au **contenu de ces exceptions**, les évolutions récentes en matière de lutte contre la corruption et la multiplication des instruments internationaux accompagnant cette tendance illustrent la volonté des États de faire des infractions financières et économiques des exceptions au principe d'immunité des chefs d'État en exercice.

La France quant à elle, se félicite de son rôle dans le développement des instruments internationaux en la matière et d'avoir été le premier pays du G8 à avoir ratifié la convention des Nations Unies contre la corruption (13). Le

¹² Statut du Tribunal militaire international (Tribunal de Nuremberg), 8 août 1945, annexé à l'Accord concernant la poursuite et le châtement des grands criminels de guerre des Puissances européennes de l'Axe (Accord de Londres), art. 7.

¹³ M. Michel Hunault, rapporteur de la commission des lois, a ainsi déclaré devant l'Assemblée Nationale, lors de la présentation du projet de loi sur la lutte contre la corruption, le 10 octobre 2007 :

« Grâce à la conclusion de plusieurs conventions, **en faveur desquelles la France a joué un rôle moteur**, la lutte contre la corruption internationale a franchi un pas décisif au cours de la

gouvernement français espère en outre, avec le projet de loi sur la lutte contre la corruption, actuellement en examen devant le Sénat, aller encore plus loin en élargissant l'infraction de corruption aux agents publics étrangers.

5. LES INFRACTIONS FINANCIÈRES ET ÉCONOMIQUES : UNE EXCEPTION AU PRINCIPE D'IMMUNITÉ.

La spécificité des délits et crimes financiers n'entrave pas les fondements mêmes du principe d'immunité des chefs d'États en exercice. L'entrée en vigueur de la convention contre la corruption exprime une exception au principe de l'immunité pour ces infractions spécifiques.

Si en matière d'infractions financières, les magistrats ont à leur portée un panel d'outils leur permettant de lever l'immunité d'un chef d'État en exercice sans entraver la raison d'être de cette protection, la France a en outre aujourd'hui l'obligation de mettre en œuvre la convention des Nations Unies contre la corruption qui retient clairement une exception au principe d'immunité des chefs d'États en exercice pour ces infractions particulières.

5.1 La Convention des Nations Unies contre la corruption, une exception au principe d'immunité des chefs d'État en exercice.

Comme le reconnaît expressément la Cour de Cassation dans son arrêt de 2001 précité, il existe des exceptions au principe d'immunité des chefs d'États en exercice :

« la coutume internationale s'oppose à ce que les chefs d'État en exercice puissent, en l'absence de

dernière décennie. Notre pays est ainsi à l'initiative de la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales, signée à Paris le 17 décembre 1997. Nous avons également joué un rôle notable, au cours de l'année 1999, dans l'adoption des conventions civile et pénale du Conseil de l'Europe contre la corruption. **La France s'est ainsi opposée à l'extension des possibilités de réserve à la convention pénale**, afin que celle-ci ne soit pas vidée de sa substance, et a œuvré en faveur d'une véritable équivalence entre les incriminations prévues par chaque État. J'ajoute que nous avons participé activement à la négociation de la convention civile en présidant, à partir de février 1998, le groupe de travail qui portait sur le droit civil. La France, qui assurait la présidence du G8, a également veillé au bon déroulement des négociations de la convention dite « Mérida ». **Nous sommes à l'origine d'une des principales avancées de ce texte, le principe de restitution des produits du détournement et du blanchiment des fonds publics.** »

dispositions contraires s'imposant aux parties concernées, faire l'objet de poursuites devant les juridictions pénales d'un État étranger ; »

Une convention internationale régulièrement ratifiée par la France qui prévoit la responsabilité des chefs d'État est donc une exception au principe d'immunité. Or, la convention des Nations Unies contre la corruption est entrée en vigueur le 14 décembre 2005 et a été ratifiée par la France le 11 juillet 2005⁽¹⁴⁾. Cette convention n'exprime en aucun cas la volonté de conférer aux chefs d'États étrangers une immunité quelconque dans ce domaine, bien au contraire. Sont ainsi visés par cette convention les **agents publics**, définis comme :

« i) toute personne qui détient un mandat législatif, exécutif, administratif ou judiciaire d'un État Partie, qu'elle ait été nommée ou élue, à titre permanent ou temporaire, qu'elle soit rémunérée ou non rémunérée, et quel que soit son niveau hiérarchique; »

Un chef d'État en exercice n'échappe donc pas à l'application de cette Convention.

En outre, au titre de cette convention, les États parties doivent adopter, aux termes de l'article 17 sur « la soustraction, le détournement ou autre usage illicite de biens par un agent public », les mesures législatives suivantes :

« pour conférer le caractère d'infraction pénale, lorsque les actes ont été commis intentionnellement, à la soustraction, au détournement ou à un autre usage illicite, par un agent public, à son profit ou au profit d'une autre personne ou entité, de tous biens (...) qui lui ont été remis à raison de ses fonctions ».

De même dans son article 19, intitulé « Abus de fonction », il y est prescrit :

« Chaque État Partie envisage d'adopter les mesures législatives et autres nécessaires pour conférer le caractère d'infraction pénale, lorsque l'acte a été commis intentionnellement, au fait pour un agent public d'abuser de ses fonctions ou de son poste, c'est-à-dire d'accomplir ou de s'abstenir d'accomplir, dans l'exercice de ses fonctions, un acte en violation des lois afin d'obtenir un avantage indu pour lui-même ou pour une autre personne ou entité. »

¹⁴ Convention ratifiée par le Congo le 13 juillet 2006, par l'Angola le 29 août 2006, par le Burkina Faso le 10 octobre 2006 et signée par le Gabon le 10 décembre 2003 et par la Guinée le 15 juillet 2005. Si la Convention n'est pas encore opposable à tous ces États, ils ont en tout cas tous exprimé leur consentement à être liée par les dispositions de cette Convention.

En matière de recel plus particulièrement, la convention dispose à l'article 24 :

"Sans préjudice des dispositions de l'article 23 (relatives au blanchiment du produit du crime) de la présente Convention, chaque État Partie envisage d'adopter les mesures législatives et autres nécessaires pour conférer le caractère d'infraction pénale, lorsque les actes ont été commis intentionnellement après la commission de l'une quelconque des infractions établies conformément à la présente Convention sans qu'il y ait eu participation aux dites infractions, au fait de dissimuler ou de retenir de façon continue des biens en sachant que lesdits biens proviennent de l'une quelconque des infractions établies conformément à la présente Convention."

Le détournement de biens par un agent public et le recel étant visés par la Convention contre la corruption, les chefs d'État en exercice ne peuvent donc se prévaloir de leur immunité pour ces infractions.

140 États sont aujourd'hui signataires de cette convention et 103 en sont parties. **La majorité des États a donc exprimé son consentement à être liée par les dispositions de cette Convention** et a notamment manifesté son adhésion à l'incrimination des faits de corruption par un agent public, « quelque soit son niveau hiérarchique ». La spécificité des crimes et délits financiers a donc bien été prise en compte par la communauté des États sans qu'aucune référence à l'immunité de leurs dirigeants n'ait été prévue en la matière.

La France ne fait pas exception à cette tendance et propose aujourd'hui d'intégrer les dispositions de cette convention internationale dans sa législation en élargissant l'infraction de corruption aux agents publics étrangers.

5.2 La position de la France : pas d'immunité en matière de corruption.

Un projet de loi sur la lutte contre la corruption est actuellement en cours d'examen en deuxième lecture devant le Sénat. Ce projet de loi transpose la Convention Pénale de l'Europe et son protocole additionnel de 1999 et la Convention des Nations Unies contre la corruption de janvier 2003. Lors de la présentation de ce projet devant l'Assemblée Nationale, la garde des Sceaux, Madame Rachida Dati a présenté le projet de loi en ces termes :

« (...) Les dispositions que le Gouvernement vous propose d'adopter poursuivent trois objectifs majeurs.

En premier lieu, ce projet élargit le délit de corruption des agents publics étrangers.

Il punit la corruption active ou passive des agents publics et des élus d'autres pays, ainsi que des agents des organisations internationales.

Aujourd'hui, la loi française réprime déjà la corruption d'agents publics étrangers, mais seulement dans le champ des transactions commerciales internationales - par exemple, corruption d'un fonctionnaire ou d'un élu étranger pour obtenir un marché public. Nous vous proposons de faire en sorte que tous les actes de corruption soient punissables, quelle que soit leur finalité - par exemple, obtenir une autorisation pour construire sur un site protégé, ou obtenir indûment la nationalité d'un pays afin d'échapper à une extradition.

*Désormais le corrupteur et le corrompu seront l'un et l'autre passibles de poursuites en France, alors que jusqu'à présent, seul le corrupteur français ou celui qui agissait en France pouvait être poursuivi. **Nous aurions pu faire le choix de ne pas poursuivre l'agent public étranger ou international, en laissant à son pays le soin de s'en charger ; mais nous avons souhaité suivre la position de nos principaux partenaires, qui ont choisi de poursuivre les deux parties (...)***

*Au moment où elle s'apprête à présider l'Union européenne, **la France doit être exemplaire.** N'oublions pas que le « groupe d'États contre la corruption » évaluera en 2008 la conformité de la législation française à la convention de l'OCDE. Ce texte doit permettre à la France de tenir son rang, en figurant honorablement dans le classement qui sera publié. ⁽¹⁵⁾ »*

Et M. Michel Hunault, rapporteur de la commission des lois, d'ajouter :

*« Contribution de la France à cet effort international, **ce projet de loi illustre notre volonté de placer l'éthique au centre de la vie économique, financière et politique** à un moment où l'actualité judiciaire est particulièrement chargée. »*

La volonté politique de la France est donc clairement affichée : la France doit servir d'exemple dans la lutte contre la corruption. L'élargissement de la loi pénale en la matière est un premier pas, le second devra venir des autorités judiciaires chargées d'appliquer les engagements internationaux de la France en plus de sa propre législation.

¹⁵ Assemblée Nationale, Séance du Mercredi 10 octobre 2007, discours consultable sur le site : <http://www.assemblee-nationale.fr/13/cra/2007-2008/007-2.asp>

Si cette position est aujourd'hui claire, **elle a pourtant suscité des hésitations concernant spécifiquement les agents publics étrangers**. En effet, la convention pénale sur la corruption du 27 janvier 1999 du Conseil de l'Europe, prévoit dans son article 5 que :

Article 5 – Corruption d'agents publics étrangers

« Chaque Partie adopte les mesures législatives et autres qui se révèlent nécessaires pour ériger en infraction pénale, conformément à son droit interne, les actes visés aux articles 2 et 3 lorsqu'ils impliquent un agent public de tout autre État. »

Le gouvernement français a d'abord eu l'intention d'émettre une réserve d'interprétation conformément à l'article 37 de ladite convention. Les raisons étaient le risque d'être « critiqué pour ingérence dans les affaires intérieures d'États étrangers, auxquels il appartient en premier lieu d'assurer la lutte contre la corruption de leurs propres agents publics » ; des difficultés que susciterait cette incrimination, « tenant notamment à la mise en évidence, à la dénonciation et à la preuve de ces faits, qui risquent de s'être déroulés en grande partie, voire exclusivement, à l'étranger ⁽¹⁶⁾ ».

Ce sont les mêmes motivations qui ont toujours fondé le principe même de l'immunité des chefs d'États et qui en sont encore aujourd'hui la justification. Pourtant, et comme nous le verrons dans le point suivant, la spécificité des infractions financières et économiques ne justifient pas une telle protection et ne vont pas à l'encontre des fondements même du principe de l'immunité.

C'est d'ailleurs cette position que la France adopte aujourd'hui. En effet, comme l'explique le rapport sur le projet de loi relatif à la lutte contre la corruption ⁽¹⁷⁾ :

« La grande majorité des États ayant déjà ratifié cette convention n'ont pas formulé de réserve sur l'incrimination de corruption passive d'un agent public d'un État étranger ou d'une organisation internationale. **Aussi, par souci de réciprocité, le Gouvernement a finalement choisi de ne pas formuler une telle réserve** ».

Le projet de loi sur la lutte contre la corruption propose donc l'incrimination de corruption passive d'un agent public étranger dans la législation pénale française. Les personnes visées par le nouvel article 435-1 sont donc :

« -- les dépositaires de l'autorité publique dans un État étranger ou une organisation internationale (ce qui correspond **aux représentants de l'État**, aux fonctionnaires de l'ordre administratif, aux officiers ministériels...) ;

-- les personnes chargées d'une mission de service public dans un État étranger ou une organisation internationale (ce qui permet d'inclure toute personne exerçant une mission d'intérêt général, qu'elle soit ou non agent public) ;

-- les personnes investies d'un mandat électif public dans un État étranger ou une organisation internationale. »

Avec ce projet de loi, la France affiche clairement sa position face aux infractions financières et économiques : même les chefs d'États étrangers pourront être poursuivis du chef de cette infraction, sans que la protection apportée par l'immunité ne puisse jouer en la matière. **Ce projet de loi illustre parfaitement la spécificité de ces infractions et le régime original qui doit donc les accompagner.**

En outre, les sanctions applicables à de telles infractions ne remettent nullement en cause les fondements du principe d'immunité des chefs d'États en exercice. **Retenir une telle protection pour ces infractions serait donc dépourvue de toute justification politique autant que de fondement juridique.**

5.3 Les infractions financières compatibles avec les fondements du principe de l'immunité.

Le but même de l'existence du principe d'immunité est de favoriser l'accomplissement des fonctions des personnes bénéficiaires de cette protection, mais ne doit pas avantager des individus pour leur exercice personnel. Cette limite est reprise par la Convention de Vienne du 18 avril 1961 ⁽¹⁸⁾ sur les relations diplomatiques, et par la Convention de Vienne du 24 avril 1963 ⁽¹⁹⁾ sur les relations

¹⁶ Rapport n° 1424 de M. Marc Reymann, au nom de la commission des Affaires étrangères, sur le projet de loi autorisant la ratification de la convention pénale sur la corruption (Assemblée nationale, XII^e législature), p. 20.

¹⁷ Disponible sur : http://www.assemblee-nationale.fr/13/rapports/r0243.asp#P278_67722

¹⁸ RS 0.191.01

¹⁹ RS 0.191.02

consulaires, et celle de New York du 8 décembre 1969 ⁽²⁰⁾ sur les missions spéciales. Ces conventions précisent bien que le but de ces immunités est :

« non pas d'avantager des individus mais d'assurer l'accomplissement efficace des fonctions(...)»

De même qu'en matière d'immunité des États, le régime des immunités a été construit en droit international coutumier en tenant compte d'un équilibre alliant, d'une **part la nécessité pour l'État du for de ne pas entraver l'exercice des missions souveraines de puissance publique de l'État étranger, et d'autre part, la nécessité pour l'État étranger de respecter les textes en vigueur de l'État du for**. Cette exigence est d'ailleurs reprise dans les diverses conventions précitées ⁽²¹⁾.

La France, en matière d'immunité des États, est passée d'une immunité absolue au début du XX^{ème} siècle, à une immunité restreinte dès la deuxième moitié du XX^{ème} siècle. Les raisons de cette évolution ont été exposées dans le rapport du Conseiller Castets, présenté dans l'affaire "Procureur Général de la Cour de cassation c/ Vestwig et autres"⁽²²⁾ :

"L'État agit tantôt comme souverain en vertu de sa supériorité politique appelée "puissance publique", tantôt comme non souverain suivant les données du droit privé, en se plaçant sur le pied d'égalité avec un particulier. En conséquence, l'immunité joue pour les actes de souveraineté de l'Etat, elle reste étrangère "aux actes de simple gestion ordinaire".

A l'instar d'autres États ⁽²³⁾, une distinction a, dès lors été faite entre les actes d'autorité, considérés comme des actes de puissance publique, et les actes de nature privée et commerciale dans lequel la puissance publique n'intervient pas. Pour ces derniers, le juge français a largement admis la levée de l'immunité.

Les actes constitutifs des délits et crimes financiers/économiques ne peuvent en aucun cas être assimilés à des actes de puissance publique. Dans cette matière particulière, le juge français dispose d'un panel de peines et peut en outre ordonner l'application de peines

amendes alternatives aux peines privatives de liberté. **Le juge peut également ordonner la saisie de biens et la confiscation de fonds qui s'exercent « in rem » et non « in personam », et qui donc n'entraînent aucune contrainte physique** ⁽²⁴⁾. A la différence des crimes touchant aux personnes où aucune peine amende ne saurait réparer l'atteinte faite à la société en lieu et place d'une peine privative de liberté, les délits et crimes financiers ont cette spécificité de pouvoir être sanctionnés, par de telles peines amendes ⁽²⁵⁾. De tels actes d'exécutions ne portent pas atteinte à une fonction étatique étrangère, surtout si l'objet du délit ou du crime trouve sa source dans la violation d'une loi du for et non d'un texte international ⁽²⁶⁾.

La spécificité de ces crimes et délits financiers doit être prise en compte en matière d'immunité car leur reconnaissance et les peines applicables peuvent ne pas empêcher un chef d'État en exercice de continuer à gérer les affaires publiques de son État. En outre, la restitution de la valeur de ses biens ne gênerait en rien l'exercice de la puissance publique du chef d'État étranger et à ce titre ne contreviendrait pas aux buts et aux objectifs poursuivis par le principe d'immunité. Les motifs de l'arrêt rendu par la CIJ le 14 février 2002 dans l'arrêt Yerodia ⁽²⁷⁾ va d'ailleurs dans ce sens en précisant que :

« Cette immunité et cette inviolabilité protègent l'intéressé contre tout acte d'autorité de la part d'un autre État qui ferait obstacle à l'exercice de ses fonctions. »

L'application de peines amendes ainsi que des mesures d'exécution à l'encontre des biens et des avoirs situés en France d'un chef d'État en exercice, ne ferait en aucun cas obstacle à l'exercice de ses fonctions. Le juge français devrait, dans cette matière

²⁰ RS 0.191.2

²¹ Convention de Vienne du 18 avril 1961, article 41 et Convention de Vienne du 24 avril 1963, article 55.

²² Req. 5 février 1946 - Sirey 1947.1 p. 137

²³ Et notamment de la Suisse qui distingue selon que l'État étranger agit dans l'exercice de prérogatives de puissance publique « acta jure imperii » ou en qualité de sujet de droit privé « acta jure gestionis ».

²⁴ HENZELIN, M. «L'immunité pénale des chefs d'État en matière financière. Vers une exception pour les actes de pillages de ressources et de corruption ? », in *Revue suisse de droit international et européen*, 2/2002, Vol.12, pp.179 à 212

²⁵ Dans l'affaire qu'a eu à juger la Cour de Cassation le 13 mars 2001, il aurait été difficile, si le Général Kadhafi avait été reconnu coupable, de prononcer à son encontre une autre peine que privative de liberté étant donné l'infraction qui lui était reproché à savoir la complicité de destruction d'un bien par l'effet d'une substance explosive ayant entraîné la mort d'autrui. Une telle peine aurait eu un impact certain sur l'exercice de ses fonctions et donc dans l'exercice de la puissance publique et de ce fait, la décision de la Cour de cassation peut se justifier au regard de l'esprit et des objectifs poursuivis par le principe de l'immunité.

²⁶ Cette question étant aujourd'hui réglée par le statu de la Cour pénale internationale comme nous l'avons vu précédemment.

²⁷ Arrêt disponible sur : <http://www.icj-cij.org/cijwww/cdoocket/cCOBE/cCOBEframe.htm>

bien spécifique, utiliser les moyens qu'il a à sa disposition pour assurer l'équilibre recherché par ce principe d'immunité, et donc ne pas gêner les affaires extérieures d'un autre État tout en assurant le respect de sa législation.

Une logique sous-tend le paradoxe qu'il peut y avoir à lever l'immunité pour les crimes et délits financiers et non pour des crimes et délits abominables touchant à la vie même des individus. Si un chef d'État était reconnu coupable de tels actes, une peine autre que privative de liberté serait en effet inconcevable et pourrait être considérée à juste titre comme faisant obstacle à l'exercice de ses fonctions. Or, en matière d'infractions financières et économiques, de tels obstacles peuvent être levés par **l'alternative qui s'offre au juge d'appliquer des peines uniquement monétaires et de compléter de telles sanctions par la confiscation des biens litigieux.** Ces mesures ne sauraient être considérées comme faisant obstacle à l'exercice des fonctions d'un chef d'État en exercice, et ce d'autant plus lorsqu'elles ne visent qu'un délit ou un crime localisé sur le sol français.

CONCLUSION

Au regard de ce qu'il vient d'être exposé, la Convention des Nations Unies contre la corruption et plus généralement, les infractions financières et économiques, constituent des exceptions au principe d'immunité des chefs d'État en exercice. Loin d'être nouvelle, la reconnaissance d'une telle exception par le juge français confirmerait la vision du Conseil des Ministres du Conseil de l'Europe déjà exprimée en 1997 et portant les vingt principes directeurs pour la lutte contre la corruption, dans laquelle le Comité des Ministres s'engage notamment à:

Principe 6 :

« Veiller à limiter toute immunité à l'égard des enquêtes des poursuites et des sanctions relatives aux infractions de corruption a ce qui est nécessaire dans une société démocratique »⁽²⁸⁾

L'application de peines amende complétée par la confiscation des biens objets du

délict permettrait le respect des fondements du principe d'immunité tout en garantissant l'application de la loi pénale française et le respect des engagements internationaux.

Telle est la volonté du gouvernement et du législateur français qui en matière de lutte contre la corruption ne comptent pas accorder une protection quelconque aux chefs d'États étrangers par soucis de conformité avec les accords internationaux notamment. Il ne reste plus au juge français qu'à prendre en compte cette volonté internationale en utilisant les outils qui sont mis aujourd'hui à sa disposition.

²⁸ Conseil de l'Europe, Comité des Ministres, Résolution (97) 24 portant les vingt principes directeurs pour la lutte contre la corruption, adopte le 6 novembre 1997 ; disponible sur : [http://www.coe.int/t/dg1/Greco/documents/Resolution\(97\)24_FR.pdf](http://www.coe.int/t/dg1/Greco/documents/Resolution(97)24_FR.pdf)