

Sylvain MÉTILLE

L'immunité des chefs d'Etat au XXI^e siècle
Les conséquences de l'affaire
du mandat d'arrêt du 11 avril 2000*

Mémoire de licence
rédigé sous la direction de prof. Petros MAVROIDIS

* Ce mémoire a été publié dans la Revue de Droit International et de Sciences Diplomatiques et Politiques, vol 82 / n°1 janvier-avril 2004, pp 29 à 86, sous le titre « L'immunité des chefs d'Etats au XXI^e siècle, les conséquences de l'affaire du mandat d'arrêt du 11 avril 2002 ».

*« Si l'homme échoue à
concilier la justice et la liberté,
alors il échoue à tout. »*

Albert CAMUS

Préface

Slobodan MILOSEVIC face à ses juges du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie à La Haye, les différentes décisions concernant Augusto PINOCHET en Grande-Bretagne et Moammar KADHAFI en France, les plaintes déposées en Belgique contre Ariel SHARON, ...

Autant d'affaires fortement médiatisées et qui nous ont rappelé que le Moyen-Age n'est plus : les rois ne sont plus toujours soustraits à la justice des hommes. Aujourd'hui, même les plus hauts représentants peuvent être attrait devant un tribunal.

Pour que les Chefs d'Etat puissent donner leur voix au concert des nations, il est nécessaire de leur laisser une latitude de manœuvre suffisamment importante pour qu'ils accomplissent leur mission de manière optimale. Aussi jouissent-ils d'immunités... mais qui en bénéficie ? est-ce un blanc-seing ? existe-t-il des limites ?

L'arrêt YERODIA était attendu avec impatience par la communauté internationale, car la question des immunités revenait avec vigueur sous les feux des projecteurs depuis quelques années. La notion d'immunité était peu claire (les décisions nationales n'étant pas toujours très cohérentes) et avait besoin d'être tranchée, ce que la Cour de justice a fait le 14 février 2002.

Sommaire

I.	Introduction	4
A.	Remarques introductives	4
B.	L'arrêt de la CIJ du 14 février 2002	4
II.	L'existence de l'immunité	6
A.	Une coutume établie pour la Cour	6
1.	Absence de convention	6
2.	La coutume	6
3.	La Convention de New York en appui	8
B.	Quelques voix discordantes	9
C.	Conclusion	9
III.	La raison d'être de l'immunité : la fonction	11
A.	Considérations pratiques et relations internationales	11
B.	La Convention de Vienne sur les relations diplomatiques	14
C.	Le ministre des affaires étrangères, un diplomate ?	14
1.	Une fonction diplomatique	14
2.	Une analogie contestée	16
3.	Un chef d'Etat <i>persona non grata</i>	17
D.	Une position similaire pour le chef d'Etat et le ministre des affaires étrangères	19
E.	Conclusion	21
IV.	L'étendue de l'immunité	22
A.	L'étendue matérielle de l'immunité : les actes protégés	22
B.	L'étendue temporelle de l'immunité	24
1.	La fin de la fonction et la disparition de l'immunité	24
2.	Les actes privés et les actes de fonction	25
3.	Les restes de l'immunité après la fonction	27
V.	Les tribunaux concernés	30
A.	Les juridictions nationales internes	30
B.	Les juridictions nationales étrangères	31
C.	Les tribunaux internationaux	32
1.	Quels tribunaux ?	32
2.	La différence entre tribunaux internationaux et nationaux	33
3.	Une renonciation anticipée ?	35
4.	Conclusion	36
VI.	Des exceptions pour les crimes « internationaux » ?	37
A.	Les crimes « internationaux »	37
1.	La notion de crimes « internationaux »	37
2.	Une exception à l'immunité ?	38
3.	Pas d'exception pour la CIJ	40
B.	L'impossibilité de l'acte officiel	41
1.	La proposition	41
2.	Une appréciation critique	43
C.	Conclusion	45
VII.	Conclusion et propositions personnelles	46
VIII.	Bibliographie	48

I. Introduction

A la suite de quelques remarques (A), nous présenterons l'arrêt que la Cour de justice a rendu en matière d'immunité d'un ministre des affaires étrangères dans la cause République démocratique du Congo contre Belgique (B).

A. Remarques introductives

Avant de nous intéresser au contenu et à l'étendue de l'immunité, nous allons tout d'abord vérifier son existence et sa raison d'être. Ensuite seulement nous étudierons l'étendue matérielle et temporelle de l'immunité, pour finalement s'attarder sur les tribunaux concernés par les immunités. Nous nous intéresserons également à la problématique particulière soulevée par les crimes contre l'humanité et la compatibilité de la notion d'immunité avec ces derniers.

Notre réflexion suit dans les grandes lignes la démarche proposée par la Cour de justice (CIJ). Certains autres éléments nous ont parus intéressants et seront dès lors également abordés, singulièrement ceux concernant la déclaration de *persona non grata* pour un chef d'Etat, les tribunaux internationaux et les crimes contre l'humanité.

Dans la présente analyse, il sera indistinctement fait mention de l'immunité des chefs d'Etats, des dirigeants ou hauts responsables de l'Etat. Ainsi lorsqu'il n'est pas précisé, il est retenu que tant les chefs d'Etats, présidents de gouvernements, ministres des affaires étrangères ou présidents de parlement selon les systèmes, bénéficient d'une immunité (une sorte d'immunité minimale commune). Selon nous, ce qui profite au ministre des affaires étrangères doit aussi profiter au chef d'Etat.

Par ailleurs, nous nous limiterons à l'immunité de juridiction, ce qui n'empêche pas que certaines réflexions soient également applicables à l'immunité d'exécution. Quant à la distinction entre immunité de juridiction civile ou pénale, nous ne la retiendrons pas non plus, car l'atteinte résultant du non-respect de ces immunités est la même et ne justifie pas qu'une différence soit faite dans la présente étude.

B. L'arrêt de la CIJ du 14 février 2002

Le 14 février 2002, la Cour internationale de justice a rendu un arrêt important dans une affaire opposant la République Démocratique du Congo à la Belgique. Cette affaire est généralement citée comme *l'affaire du mandat d'arrêt du 11 avril 2000* ou *l'arrêt YERODIA*, parfois encore *l'affaire République démocratique du Congo contre Belgique* ou *l'arrêt CIJ du 14 février 2002*.¹

¹ L'arrêt ainsi que les opinions individuelles et dissidentes sont disponibles sous [www.icj-cij.org/cijwww/cdocket/cCOBE/cCOBEframe.htm].

Le 11 avril 2000, Damien VANDERMEERSCH, juge d'instruction près le tribunal de première instance de Bruxelles, a émis un mandat d'arrêt international contre le Ministre des affaires étrangères congolais en exercice Abdulaye YERODIA NDOMBASSI, en vue de son arrestation provisoire préalable à une demande d'extradition vers la Belgique, pour des crimes constituant des violations graves du droit international humanitaire. Il lui était reproché de s'être exprimé publiquement, à l'époque où il était chef de cabinet du Président KABILA, pour exhorter les Congolais à se débarrasser par tous les moyens des Rwandais qui se trouvaient sur le territoire de la République. L'émission de ce mandat d'arrêt a conduit à la détérioration des relations diplomatiques entre le Royaume de Belgique et la République démocratique du Congo, puis finalement à la saisine de la Cour internationale de justice.

L'arrêt de la Cour met finalement un terme à de longues controverses doctrinales au sujet de l'immunité. « Les conclusions de la Cour ont également l'avantage de la clarté et d'avoir été approuvées par une forte majorité (treize voix contre trois). »²

² HENZELIN M., « L'immunité pénale des ministres selon la Cour internationale de justice », in *Revue pénale suisse*, Berne 2002, éd. STÄMPFLI Verlag AG, p. 252.

II. L'existence de l'immunité

Avant même de discuter la portée de l'immunité, nous nous attarderons sur les conclusions de la Cour démontrant l'existence de l'immunité (A) et les arguments de quelques opposants (B), pour conclure ensuite à l'existence avérée de cette coutume (C).

A. Une coutume établie pour la Cour

1. Absence de convention

Actuellement, il n'existe aucune convention internationale permettant de démontrer clairement l'existence de l'immunité dont jouissent les chefs d'Etats et, ce qui serait particulièrement intéressant, d'en dessiner les contours avec précision.

Le champ d'application de la Convention de Vienne du 18 avril 1961 sur les relations diplomatiques³ est limité aux diplomates et au personnel diplomatique (art. 1 à 3). Comme le chef d'Etat n'appartient pas au cercle des personnes définies, l'on ne peut pas retenir cette Convention comme source de l'immunité des chefs d'Etats. Quant à une possible application par analogie, il en sera question plus loin.

Une telle convention n'existe apparemment pas non plus au niveau régional.⁴ Nous ne pouvons donc que suivre la conclusion de Grit HOKEMA : « aus dem Völkervertragsrecht lässt sich keine Grundlage bezüglich der Immunität von Staatsoberhäuptern entnehmen ».⁵

2. La coutume

« L'étendue et la portée de cette immunité n'étant précisée nulle part »,⁶ il est nécessaire de faire appel à la coutume pour combler cette lacune comme le prévoit l'art. 38 al. 1 lit b du Statut de la Cour internationale de justice du 26 juin 1945.⁷

³ RS 0.191.01

⁴ HOKEMA G., *Immunität von Staatsoberhäuptern*, Frankfurt am Rhein 2002, éd. Peter LANG, p. 33.

⁵ *Idem*.

⁶ QUENEUDEC, J.-P., « Un arrêt de principe : l'arrêt de la C.I.J. du 14 février 2002 », in *Actualité et droit international*, mai 2002, p. 2, [<http://www.ridi.org/adi>].

⁷ RS 0.193.501, art. 38 al. 1:

La Cour, dont la mission est de régler conformément au droit international les différends qui lui sont soumis, applique:

- a. les conventions internationales, soit générales, soit spéciales, établissant des règles expressément reconnues par les Etats en litige,
- b. la coutume internationale comme preuve d'une pratique générale acceptée comme étant le droit;
- c. les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées;
- d. sous réserve de la disposition de l'article 59, les décisions judiciaires et la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations, comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit.

A en croire François RUBIO, « nul ne conteste la légitimité d'un tel statut [particulier conféré par l'immunité] du fait de la nature particulière de la fonction exercée par un citoyen qui a cessé d'être 'un citoyen ordinaire' ». ⁸ La Cour internationale de justice semble suivre cette idée, vu la brièveté avec laquelle elle résout cette question :

« La Cour observera tout d'abord qu'il est clairement établi en droit international que, de même que les agents diplomatiques et consulaires, certaines personnes occupant un rang élevé dans l'Etat, telles que le chef de l'Etat, le chef du gouvernement ou le ministre des affaires étrangères, jouissent dans les autres Etats d'immunités de juridiction, tant civiles que pénales. » ⁹

A lire l'arrêt, il s'agit d'une telle évidence qu'il ne paraît pas même nécessaire de rechercher si cette coutume internationale est la preuve d'une pratique générale acceptée comme étant le droit, autrement dit de démontrer l'existence d'une *opinio juris sive necessitatis* et d'une *consuetudo*. Cette recherche est cependant faite par Grit HOKEMA, ¹⁰ et permet de retenir que:

« Nachdem also eine Staatenpraxis kaum nachzuweisen war, ist der Nachweis einer Rechstüberzeugung, dass Staatsoberhäupter immun sind, möglich. Die dargestellten Gerichtentscheidungen belegen nicht nur auf eine Rechtsüberzeugung, sondern lassen auch einen Rückschluss auf die Staatenpraxis zu. Demnach ist der Nachweis erbracht, dass Staatsoberhäuptern auf Grund von Völkergewohnheitsrecht Immunität vor der nationalen Gerichtsbarkeit zusteht. » ¹¹

Le juge *ad hoc* BULA-BULA relève que « l'existence d'une règle fermement établie suivie obligatoirement par la majorité d'environ cent quatre-vingt-dix Etats appartenant à l'Afrique, l'Asie, l'Amérique, l'Europe et l'Océanie, en vertu de laquelle le ministre des affaires étrangères en fonction bénéficie d'une immunité et d'une inviolabilité pénales absolues n'est pas contestable ». ¹² On doit dès lors accepter l'existence d'une immunité coutumière en droit international comme démontrée.

Finalement, l'on mentionnera encore l'existence de la Résolution de l'Institut de droit international concernant « les immunités de juridiction et d'exécution du chef d'Etat et de gouvernement en droit international » ¹³ que la Cour ne mentionne pas. Cette résolution reconnaît l'invulnérabilité de la personne du chef d'Etat sur le territoire d'un Etat étranger (art. 1), l'immunité en matière pénale pour toute infraction (art. 2) en matière civile et administrative pour les actes commis dans l'exercice de ses fonctions. De plus pour ces

⁸ RUBIO F., « Chef de l'Etat, immunités et privilèges judiciaires: la peau de chagrin. Un chef d'Etat bénéficie-t-il d'un statut particulier devant la justice ? », in *Livre noir – Terrorisme et responsabilité pénale internationale*, Paris 2002, éd. S.O.S. Attentats, p. 293.

⁹ Arrêt § 51.

¹⁰ HOKEMA G., *Immunität von Staatsoberhäuptern*, Frankfurt am Rhein 2002, éd. Peter LANG, pp. 33 à 55.

¹¹ *Idem*, p. 54.

¹² Opinion individuelle du juge *ad hoc* BULA-BULA, § 48.

¹³ Résolution de la 13^e Commission, à paraître in *Annuaire de l'Institut de droit international, session de Vancouver 2001*, Paris, éd. A. PEDONE, déjà disponible sous [www.idi-iil.org].

dernières, aucune mesure ne peut être dirigée contre lui lorsqu'il est dans cet Etat à titre officiel (art. 3). Les garanties finalement retenues par cette Résolution sont celles reconnues aux diplomates par la Convention de Vienne.

3. La Convention de New York en appui

A preuve de la coutume, deux textes sont notamment évoqués par les parties et retenus par la Cour : la Convention de Vienne du 18 avril 1961 sur les relations diplomatiques¹⁴ et la Convention de New York du 8 décembre 1969 sur les missions spéciales.¹⁵

L'art. 21 par. 2 de la Convention de New York du 8 décembre 1969 sur les missions spéciales rappelle l'existence de l'immunité en droit international :

« le chef de gouvernement, le ministre des affaires étrangères et les autres personnalités de rang élevé, quand ils prennent part à une mission spéciale de l'Etat d'envoi, jouissent dans l'Etat de réception ou dans un Etat tiers, en plus de ce qui est accordé par la présente convention, des facilités, privilèges et immunités reconnus par le droit international ».

Cette Convention atteste certes l'existence d'une immunité, mais reste muette sur son étendue¹⁶, vu qu'elle ne fait que renvoyer au droit coutumier.¹⁷ De plus, elle n'a été ratifiée jusqu'à maintenant que par un petit nombre d'Etats¹⁸ « und spiegelt wohl kein Gewohnheitsrecht wider ».¹⁹ Cela ne signifie pas pour autant que les Etats qui ne sont pas parties contestent l'immunité des chefs d'Etats. Probablement s'agit-il bien plus des nombreuses immunités garanties à un cercle relativement large de titulaires qui ont retenu leur adhésion.

Quant à l'autre texte cité, à savoir la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, elle rappelle dans son préambule que le but des privilèges et immunités diplomatiques est d'assurer l'accomplissement efficace des fonctions de la mission diplomatique en tant que représentant de l'Etat. Nous y reviendrons lorsque nous nous intéresserons au contenu de l'immunité.

Comme le relève à juste titre la Cour, « des enseignements utiles peuvent être tirés de ces conventions [mais] elles ne contiennent toutefois aucune disposition fixant de manière précise les immunités dont jouissent les ministres des affaires étrangères. C'est par conséquent sur la

¹⁴ RS 0.191.01

¹⁵ RS 0.191.2

¹⁶ HOKEMA G., *Immunität von Staatsoberhäuptern*, Frankfurt am Rhein 2002, éd. Peter LANG, p. 32.

¹⁷ QUENEUDEC, J.-P., « Un arrêt de principe : l'arrêt de la C.I.J. du 14 février 2002 », in *Actualité et droit international*, mai 2002, p. 2, [<http://www.ridi.org/adi>].

¹⁸ Sont parties à la Convention : Argentine, Autriche, Bélarus, Bosnie et Herzégovine, Bulgarie, Chili, Chypre, Corée du Nord, Croatie, Cuba, Estonie, Fidji, Guatemala, Indonésie, Iran, Liechtenstein, Mexique, Paraguay, Philippines, Pologne, Rwanda, Seychelles, Slovaquie, Slovénie, Suisse, République tchèque, Tonga, Tunisie, Ukraine, Uruguay, Yougoslavie. Sont signataires mais n'ont pas ratifié la Convention : Chine, El Salvador, Finlande, Israël, Jamaïque, Nicaragua, Royaume-Uni.

¹⁹ HERDEGEN M., *Völkerrecht*, München 2000, éd. C.H. BECK, p. 250.

base du droit international coutumier que la Cour devra trancher les questions relatives aux immunités de ces ministres soulevées en l'espèce. »²⁰

B. Quelques voix discordantes

Il est finalement assez peu de personnes à s'opposer totalement à l'existence d'une immunité (au moins relative) dans la coutume internationale actuellement reconnue. L'on peut se demander si lorsque BAZELAIRE et CRÉTIN soulignent que « depuis Nuremberg et jusqu'aux plus récentes dispositions de la CPI, la position de chef d'Etat ou de haut responsable ne constitue pas une cause d'immunité », ²¹ il ne s'agit pas d'une affirmation qui doit avoir trait aux seuls tribunaux internationaux. Nous reprendrons cet aspect particulier dans le chapitre consacré aux tribunaux internationaux.

Moins équivoque cette fois, il faut relever le point de vue de la juge *ad hoc* VAN DEN WYNGAERT, qui refuse d'admettre l'existence d'une coutume internationale. Elle s'efforce dans son opinion dissidente de démontrer qu'il n'existe aucune règle de droit international coutumier conférant l'immunité aux ministres des affaires étrangères :

« La courtoisie internationale et la sagesse politique commandent peut-être une certaine modération, mais le droit international positif ne fait nullement obligation aux Etats de s'abstenir d'exercer leur compétence à l'égard de ministres des affaires étrangères en exercice. »²² « Si [ils] bénéficient bien d'immunités, celles-ci ne trouvent pas leur origine dans le droit international coutumier mais relèvent tout au plus de la courtoisie internationale. »²³

Dans le même ordre d'idée, nous mentionnerons encore que pour certains auteurs, « s'il existe [...] une coutume internationale, elle est celle de la non-immunité des chefs d'Etat et de gouvernement en fonction ». ²⁴

C. Conclusion

Comme mentionné ci-avant, c'est sans ambages que la CIJ a tranché en faveur de l'existence d'une immunité coutumière, confirmant ainsi diverses décisions nationales.²⁵ Et ce n'est pas

²⁰ Arrêt YERODIA § 52.

²¹ BAZELAIRE J-P et CRÉTIN T., *La justice pénale internationale*, Paris 2000, éd. Presses Universitaires de France, p. 91.

²² Opinion dissidente de la juge *ad hoc* VAN DEN WYNGAERT, § 10.

²³ *Idem*, § 39.

²⁴ GOZZI M.-H., « A propos de la responsabilité des gouvernants l'arrêt KADHAFI : la négation du droit pénal international », in *Livre noir – Terrorisme et responsabilité pénale internationale*, Paris 2002, éd. S.O.S. Attentats, p.181.

²⁵ pour un exemple en Suisse, l'arrêt du Tribunal fédéral du 02.11.1989 dans la cause Ferdinand et Imelda MARCOS contre Office fédéral de la police (115Ib 496).

une nouveauté, car l'apport de l'arrêt du 14 février 2002 réside bien plus dans le contenu et les limites de cette immunité que dans son existence. Pour preuve, l'on rappellera que la Cour d'appel d'Alger affirmait en 1914 déjà que les chefs d'Etat en exercice sont ainsi placés « au-dessus des lois de tout Etat étranger ».²⁶ « Cette position est très généralement admise [...]. Elle était notamment celle du Tribunal fédéral dans l'affaire MARCOS, des Lords, unanimes à ce sujet, dans l'affaire PINOCHET. Elle a été admise également, en mars 2001, par la Chambre criminelle de la Cour de cassation française dans l'affaire KHADAFI. »²⁷

Néanmoins il était de bon ton de rappeler ce principe fondamental que certains remettent en question, dans le souci probablement de faire progresser la volonté actuelle de punir les anciens dirigeants.

Il est certes louable de vouloir se battre pour la justice et revendiquer la poursuite de tous les criminels, mais cela ne doit pas se faire à n'importe quel prix. Le respect du principe, presque aussi vieux que le droit international public, consacrant l'égalité souveraine des Etats²⁸ est primordial. L'on ne saurait tolérer qu'un Etat recoure à l'arrestation voire à la condamnation des dirigeants de l'Etat voisin afin d'y mener la politique qu'il souhaite. Ce serait une négation de l'indépendance et de l'égalité (formelle) des Etats.

Il est impératif « de permettre en toutes circonstances et dans l'intérêt même des populations concernées, un dialogue entre chefs d'Etat, sauf à risquer de déstabiliser gravement les relations internationales qui sont en elle-mêmes facteurs de paix et de développement ».²⁹ Il est en effet à craindre qu'en l'absence totale d'immunité, « des Etats peu scrupuleux utilise[nt] alors à coup sûr leur justice nationale en tant que moyens de rétorsion, à l'image de ces diplomates qui, pendant la guerre froide, étaient systématiquement expulsés par certains pays sous de fallacieux prétextes suite à des expulsions pour de justes motifs de leurs propres diplomates ».³⁰

Dans la mise en balance entre une impunité (temporairement et matériellement) limitée et la protection d'une ingérence par le biais du juge pénal national dans la gestion d'un Etat tiers, la seconde doit prévaloir sans hésitation aucune. Le respect de l'immunité des chefs d'Etats et autres hauts représentants, devant des juridictions nationales et au moins pendant qu'ils sont en exercice, est une condition *sine qua non* de la bonne marche des relations internationales. C'est pourquoi nous ne pourrions accepter de remettre en cause le principe même de l'immunité des chefs d'Etats.

²⁶ Jugement Ben AEAD c. Bey de Tunis, Journal de droit international (JDI) 1914, p. 1290

²⁷ HENZELIN M., « L'immunité pénale des chefs d'Etat en matière financière. Vers une exception pour les actes de pillage de ressources et de corruption ? », in *Revue suisse de droit international et de droit européen*, Zürich 2002, éd. SCHULTHESS, p. 179

²⁸ « Non enim una civitas postet facere legem super alteram, quia par in parem non habet imperium », Bartolus VON SASSOFERRATO, *Tractatus represaliarum*, 1354.

²⁹ BOURDON W., « Vers la fin de l'immunité des chefs d'Etat en exercice ? », in *Livre noir – Terrorisme et responsabilité pénale internationale*, Paris 2002, éd. S.O.S. Attentats, p. 351.

³⁰ SANDOZ Y., « Terrorisme et responsabilité pénale internationale », in *Livre noir – Terrorisme et responsabilité pénale internationale*, Paris 2002, éd. S.O.S. Attentats, p. 361.

III. La raison d'être de l'immunité : la fonction

Comme nous l'avons vu précédemment, la Cour a constaté l'existence en droit coutumier international d'une immunité. Il faut maintenant définir qui en bénéficie ou en d'autres termes qui en est titulaire. Répondre à cette question, c'est déterminer la raison d'être ou la cause de l'immunité. La raison d'être de l'immunité du ministre des affaires étrangères (A) est similaire aux principes contenus dans la Convention de Vienne sur les missions diplomatiques (B), ce qui permettrait une application par analogie de l'immunité diplomatique. (C) Finalement, nous verrons les similitudes entre un ministre des affaires étrangères et un chef d'Etat (D).

A. *Considérations pratiques et relations internationales*

Si certains hommes bénéficient d'une immunité reconnue par le droit international, ce n'est pas un fait du hasard.

« La justification moderne de l'immunité des chefs d'Etat [...] invoque à juste titre des considérations pratiques liées à la fonction des chefs d'Etat qui commandent de leur accorder un statut juridique spécial. Les chefs d'Etat sont les représentants au plus au niveau institutionnel et politique de leur pays et les nécessités du dialogue et de la collaboration entre les Etats exigent réellement qu'on leur ménage un espace juridique adéquat pour remplir leurs tâches. »³¹

La justification actuelle de l'immunité n'est plus tellement l'assimilation du représentant de l'Etat à ce dernier³² et ainsi l'immunité de l'Etat à celle de son représentant. Dans cet ordre d'idée l'on peut citer la doctrine de l'« Acte of State » qui interdit aux tribunaux de se prononcer sur la validité d'un acte d'un Etat étranger : « Every sovereign state is bound to respect the independence of every other sovereign state, and the courts of one country will not sit in judgment on the acts of [...] another ». ³³ Cependant immunité et respect de l'« act of State » sont deux éléments totalement distincts, à ne pas confondre.³⁴

L'immunité a pour but de permettre la libre action du représentant de l'Etat, en quelque sorte la bouche et le bras de l'Etat. Sans immunité, l'Etat serait muet et malhabile, cantonné à son propre territoire ; c'est dire qu'il ne pourrait y avoir de politique ni même de communauté internationale. « Immunities are granted to high State officials to guarantee the proper functioning of the network of mutual inter-State relations, which is of paramount importance for a well-ordered and harmonious international system. »³⁵

³¹ AYAT M, « Immunité des chefs d'Etat en exercice et justice pénale internationale », in *Livre noir – Terrorisme et responsabilité pénale internationale*, Paris 2002, éd. S.O.S. Attentats, p. 224.

³² « L'Etat c'est moi », phrase prononcée par le roi français LOUIS XIV lors de la séance du parlement du 13 avril 1665.

³³ Arrêt de la Cour suprême des Etats-Unis de 1897, *Underhill v. Hernandez*, 168 US. 250.

³⁴ Sur la différence entre ces éléments, voir TANGERMANN C., *Die völkerrechtliche Immunität von Staatsoberhäuptern*, Berlin 2002, éd. DUNCKER & HUMBLOT, pp. 144 à 146.

³⁵ Opinion individuelle conjointe des juges HIGGINS, KOOIJMANS et BUERGENTHAL, p. 18.

L'immunité n'est pas rattachée à un homme, mais à *une fonction* : on ne parle pas de l'immunité de X. ou de Y., mais de l'immunité du chef d'Etat ou du ministre des affaires étrangères. « C'est en leur qualité d'organes de l'Etat que différentes catégories d'agents sont au bénéfice d'immunités diverses, dont il a été mainte fois souligné qu'elles ne sont pas instituées pour avantager des individus, mais pour assurer l'accomplissement efficace des fonctions officielles. »³⁶

C'est une notion essentielle : l'immunité (qui est fonctionnelle) doit favoriser l'accomplissement de la fonction : « the immunity representatives of foreign states enjoy is a function of the nature of their office ». ³⁷ Comme nous le verrons par la suite, c'est aussi cette fonction qui va permettre de déterminer l'étendue de l'immunité.

Avant la décision YERODIA, Christophe TANGERMANN résumait déjà l'origine de l'immunité des chefs d'Etat dans des termes légèrement différents, mais avec (en partie au moins) l'idée de base de la bonne marche des relations internationales et de la défense efficace des intérêts nationaux à l'étranger :

« Die heutige Immunität von Staatsoberhäuptern lässt sich auf drei unterschiedliche Wurzeln zurückführen. In der Hauptsache geht es um die Souveränitätsinteressen des repräsentierten Staats, daneben um die Würde des repräsentierten Völkerrechtsobjekts [...] sowie um den Schutz der politischen Beziehungen, d. h. den freien Verkehr. »³⁸

Corollaire indispensable de l'immunité fonctionnelle, cette dernière doit favoriser l'accomplissement de la fonction, mais ne doit pas avantager des individus. Cette notion est reprise dans les préambules de la Convention de Vienne du 18 avril 1961 sur les relations diplomatiques³⁹, la Convention de Vienne du 24 avril 1963 sur les relations consulaires⁴⁰, et Convention de New York du 8 décembre 1969 sur les missions spéciales.⁴¹ Ces conventions précisent que le but des privilèges et immunités est « non pas d'avantager des individus mais d'assurer l'accomplissement efficace des fonctions ». ⁴²

L'immunité fonctionnelle porte parfois aussi le nom d'immunité *rationae materiae* (immunité matérielle), que l'on oppose à l'immunité personnelle (*rationae personae*). CASSESES et DELMAS-MARLY distinguent ces deux immunités comme suit :

³⁶ DOMINICÉ C., « Quelques observations sur l'immunité de juridiction pénale de l'ancien chef d'Etat », in *Revue générale de droit international public*, tome 103, Paris 1999, éd. A. PEDONE, pp. 300s.

³⁷ HENKIN L., CRAWFORD PUGH R., SCHLACHTER O., SMIT H., *International Law*, St Paul Minn. 1993, éd. West Publishing Co, p.1188.

³⁸ TANGERMANN C., *Die völkerrechtliche Immunität von Staatsoberhäuptern*, Berlin 2002, éd. DUNCKER & HUMBLOT, p. 231.

³⁹ RS 0.191.01.

⁴⁰ RS 0.191.02.

⁴¹ RS 0.191.2.

⁴² QUENEUDEC, J.-P., « Un arrêt de principe : l'arrêt de la C.I.J. du 14 février 2002 », in *Actualité et droit international*, mai 2002, p. 3, [<http://www.ridi.org/adi>].

« Les premières s'appliquent à toute personne agissant en sa qualité officielle de représentant d'un Etat : limitées aux actes liés aux fonctions (compétence *rationae materiae*), elles ont un caractère permanent et font obstacles aux poursuites, même après que les fonctions eurent pris fin ; alors que les secondes, plus larges en ce qu'elles peuvent couvrir des comportements à caractère privé, protègent la personne (compétence *rationae personae*), notamment lors de ses déplacements à l'étranger, mais elles sont temporaires et prennent fin avec la cessation des fonctions. »⁴³

Dans l'ensemble de l'arrêt, la Cour n'a jamais utilisé le terme d'« immunité personnelle » ou d'immunité « *rationae personae* » (parfois aussi *intuitu personae*), alors que la notion d'immunité absolue (durant les fonctions) pourrait être considérée (temporairement) comme une immunité personnelle et non plus seulement matérielle. Toutefois, même s'il est vrai que les effets d'une immunité personnelle et d'une immunité matérielle absolue sont semblables, le fondement diffère. Probablement faut-il y voir la volonté de la CIJ de ne pas mettre en avant la protection d'une personne particulière, ce qui affaiblirait le concept de la protection assurée en vertu de la seule fonction et pour favoriser cette dernière uniquement, et pas une protection accordée à une personne particulière en tant que telle.

Nous reviendrons plus loin sur le contenu exact de ces immunités tel que retenu par la Cour, mais il est déjà possible de retenir que c'est à juste titre et avec le soutien de la doctrine que la CIJ a conclu que :

« en droit international coutumier, les immunités reconnues au ministre des affaires étrangères ne lui sont pas accordées pour son avantage personnel, mais pour lui permettre de s'acquitter librement de ses fonctions pour le compte de l'Etat qu'il représente ».⁴⁴

Et cette immunité n'est pas seul bénéfice pour l'Etat de son détenteur, mais pour l'ensemble des nations :

« Il demeure en effet impérieux de protéger le libre exercice par un ministre des affaires étrangères de ses responsabilités propres, qui sont indispensables à la réalisation du 'bien commun' tant de l'Etat qu'il représente que de la communauté dont celui-ci est membre. »⁴⁵

⁴³ CASSESES A. et DELMAS-MARLY S., *Crimes internationaux et juridictions nationales*, Paris 2002, éd. Presses Universitaires de France, p. 638.

⁴⁴ Arrêt YERODIA § 53.

⁴⁵ VERHOEVEN J., « Mandat d'arrêt international et statut de ministre », in *Actualité et droit international*, mai 2002, p. 3, [<http://www.ridi.org/adi>].

B. La Convention de Vienne sur les relations diplomatiques

Déjà citée à plusieurs reprises, la Convention de Vienne du 18 avril 1961 sur les relations diplomatiques⁴⁶ est essentiellement une codification de la coutume internationale en vigueur. Elle est d'ailleurs très souvent retenue à ce titre, même dans des litiges opposant des Etats qui n'y sont pas partie.

Elle prévoit que la personne du diplomate est inviolable (art. 29), tout comme les locaux de la mission diplomatique (art. 22). Par ailleurs, le diplomate jouit d'une immunité totale de juridiction pénale, civile et administrative de l'Etat accréditaire. De rares exceptions sont prévues dans les cas d'une action réelle concernant un immeuble privé situé sur le territoire de l'Etat accréditaire, d'une action concernant une succession dans laquelle le diplomate figure à titre privé, et d'une action concernant une activité professionnelle ou commerciale exercée par le diplomate en dehors de ses fonctions officielles (art. 31). La libre circulation sur le territoire de l'Etat accréditaire, ainsi que la libre communication avec son Etat lui est garantie (art. 27).⁴⁷

En contrepartie, l'Etat accréditaire est libre de donner son agrément à la nomination d'un diplomate (il peut refuser sans avoir à en justifier des raisons, art. 4) ou de le déclarer en tout temps *persona non grata* (art. 9) ce qui équivaut à un retrait de la reconnaissance de la qualité de diplomate et partant des privilèges et immunités ainsi octroyées.

C. Le ministre des affaires étrangères, un diplomate ?

Etant donné que nous avons retenu la pertinence du critère fonctionnel, le ministre des affaires étrangères pourrait être assimilé à un diplomate car certaines de ses fonctions sont semblables (1). Certains auteurs s'opposent toutefois à cette interprétation (2), que nous soutenons (3).

1. Une fonction diplomatique

S'agissant d'une immunité octroyée par rapport à la fonction et non comme privilège personnel, il est nécessaire de s'intéresser à la nature et au contenu de la fonction exercée par un ministre des affaires étrangères :

« Celui-ci assure la direction de l'action diplomatique de son gouvernement. [...] Les ambassadeurs et autres agents diplomatiques sont appelés à exercer leurs fonctions sous son autorité. Dans l'exercice de ses fonctions, il est fréquemment appelé à se déplacer à l'étranger et doit dès lors être en mesure de le faire librement dès que la nécessité s'en fait sentir. Il doit également demeurer en liaison constante avec son gouvernement ainsi qu'avec

⁴⁶ RS 0.191.01.

⁴⁷ HERDEGEN M., *Völkerrecht*, München 2000, éd. C.H. BECK, p. 248.

les missions diplomatiques que celui-ci entretient dans le monde entier, et pouvoir à tout moment communiquer avec les représentants d'autres Etats. »⁴⁸

Le portrait ici dépeint par la Cour apporte deux enseignements : un ministre des affaires étrangères est d'une part le chef de la diplomatie et d'autre part il est lui-même à considérer comme un diplomate.

Il est à considérer comme le chef de la diplomatie car c'est lui qui exerce la haute surveillance sur les diplomates à l'étranger, c'est également lui qui décide de les rappeler et leur dicte les lignes directrices à suivre dans leur activité. Finalement, c'est encore lui qui décide des pouvoirs à conférer aux agents diplomatiques et qui contresigne leurs lettres de créance. Au surplus l'on peut estimer qu'il est reconnu comme tel par les autres Etats, vu que c'est auprès de lui que sont accrédités les chargés de mission étrangers.

Pour cette raison déjà, il devrait bénéficier au minimum des garanties et immunités accordées au diplomate. Il n'est, par exemple, pas imaginable que le chef de la diplomatie ne puisse rencontrer ses subalternes à l'étranger que dans des situations limitées ou particulières, au motif qu'il ne bénéficierait pas des mêmes privilèges. S'il les visite, il doit pouvoir, sans exigences supplémentaires, profiter de la même marge de manœuvre et de liberté.

Finalement il est aussi diplomate lui-même, une sorte de « super-diplomate » particulier. Ses besoins, ou plus justement les besoins de sa fonction, correspondent exactement à ceux auxquels la Convention de Vienne répond pour les diplomates : inviolabilité de sa personne, liberté de déplacement à l'étranger, liberté de communication avec son gouvernement et ses missions diplomatiques, ... En comparaison avec un diplomate « classique », la grande différence est que le ministre des affaires étrangères n'a pas besoin de ces privilèges dans un seul Etat, mais dans tous les Etats. Il ne représente pas son pays dans un Etat particulier, mais vis-à-vis de l'ensemble des Etats : « Naturally, it must be underscored that while diplomatic agents enjoy personal immunity only in the receiving State, the Head of State probably enjoys broader immunity. »⁴⁹

Ce second élément ne nous paraît pas raisonnablement suffisant pour justifier que le ministre des affaires étrangères ne bénéficierait pas des immunités accordées aux diplomates. Et pour renforcer encore cette affirmation, n'oublions pas que, comme le rappelle Grit HOKEMA, l'immunité des chefs d'Etats est historiquement le prolongement de l'immunité accordée aux ambassadeurs : « Die Immunität [...] der Staatsoberhäupter hat sich geschichtlich aus der Immunität [...] der Gesandten entwickelt ».⁵⁰

⁴⁸ Arrêt YERODIA § 53.

⁴⁹ ZAPPALÀ S., « Do Head of State in office enjoy immunity from jurisdiction for international crimes ? The Ghaddafi case before the French Cour de Cassation », in *European Journal of International Law*, N° 12, Oxford 2001, éd. Oxford University Press, p. 598.

⁵⁰ HOKEMA G., *Immunität von Staatsoberhäuptern*, Frankfurt am Rhein 2002, éd. Peter LANG, p. 95.

2. Une analogie contestée

L'élément de faiblesse réside, pour certains auteurs, dans la possibilité offerte à l'Etat accréditaire de choisir s'il veut reconnaître ou non un diplomate, mais pas un chef d'Etat étranger. Pour la juge VAN DEN WYNGAERT, il existe des différences fondamentales entre les situations des agents diplomatiques et des ministres des affaires étrangères :

« Celle des agents diplomatiques est comparable, mais non identique, à celle des ministres des affaires étrangères. [...] Alors que les diplomates résident et exercent leurs fonctions sur le territoire de l'Etat accréditaire, les ministres résident généralement dans l'Etat où ils exercent leurs fonctions. Les Etats concernés peuvent décider d'accréditer ou non des diplomates étrangers et il leur est toujours loisible de les déclarer *persona non grata*. Ils ont de ce fait leur 'mot à dire' à l'égard des personnes auxquelles ils reconnaissent la qualité de représentant d'un autre Etat, faculté qu'ils n'ont pas à l'égard des ministres d'un gouvernement, lesquels sont désignés par celui-ci dans le cadre de ses prérogatives souveraines. »⁵¹

Le juge AL-KHASAWNEH est également partisan de cette interprétation :

« What is sure however is that the position of Foreign Ministers cannot be assimilated to diplomatic representatives for in the case of the latter the host State has a discretion regarding their accreditation and can also declare a representative *persona non grata*, which in itself constitutes some sanction for wrongful conduct and more importantly open the way [...] for subsequent prosecution in his/her State. A Minister for Foreign Affairs accused of criminal conduct [...] is hardly under the same conditions as a diplomatic representative granted immunity from criminal process. »⁵²

A suivre ce dernier raisonnement, l'on pourrait craindre que l'application par analogie d'une déclaration de *persona non grata* ne réduise à néant l'immunité dont bénéficie le ministre. Mais encore faut-il qu'il soit possible, selon le droit positif, de déclarer un ministre *persona non grata*. Nous verrons au paragraphe suivant que, selon nous, cela est possible si une condition est respectée.

Finalement, il faut encore relever le point de vue de Christophe TANGERMANN, pour qui l'on ne peut rattacher les immunités des chefs d'Etats (en général et pas uniquement le ministre des affaires étrangères) derrière les immunités diplomatiques, simplement parce que « in der Tat gehen die Aufgaben und Kompetenzen des Staatsoberhauptes im zwischenstaatlichen Verkehr nach Völkerrecht weiter als die [...] der diplomatischen Vertreter ».⁵³ Cette justification ne nous convainc guère vu qu'il s'agit d'une application par analogie. Rien ne s'oppose à ce que les deux situations misent en relation ne soient pas identiques, bien au

⁵¹ Opinion dissidente de la juge *ad hoc* VAN DEN WYNGAERT, § 15.

⁵² Opinion dissidente du juge AL-KHASAWNEH, p. 1.

⁵³ TANGERMANN C., *Die völkerrechtliche Immunität von Staatsoberhäuptern*, Berlin 2002, éd. DUNCKER & HUMBLOT, p 142.

contraire. De plus, l'on peut aussi arriver à la conclusion, en retenant cette opinion, que l'analogie est au moins possible pour une part de l'immunité, en quelque sorte une protection minimale.

3. Un chef d'Etat *persona non grata*

Un ministre des affaires étrangères ou un chef d'Etat n'a, contrairement à un diplomate, pas besoin d'accréditation, il n'a pas à être agréé. L'on pourrait éventuellement voir une accréditation dans la reconnaissance des gouvernements, pour les Etats qui la pratiquent encore. Cette situation est cependant de plus en plus en rare.

Apparemment l'absence d'accréditation ne semble en rien s'opposer à une déclaration de *persona non grata*. Peut-être y aura-t-il des voix pour prétendre qu'une accréditation est nécessaire pour que l'immunité soit reconnue, ainsi que pour qu'une personne puisse être déclarée indésirable. L'on peut alors retenir que jusqu'à preuve du contraire, celle-ci est présumée. En effet, si la majorité des Etats ne reconnaissent plus expressément les Gouvernements (mais seulement les Etats), cela ne signifie pas pour autant qu'ils les considèrent moins dans leurs relations que les pays qui émettent une déclaration de reconnaissance. Simplement, ils ne veulent pas se prononcer sur l'opportunité d'un choix politique interne d'une nation étrangère.

Si les Etats n'accréditent ou n'agrément pas les chefs d'Etats étrangers, c'est essentiellement pour des raisons pratiques. Alors que l'on compte un grand nombre de diplomates, il n'y a en revanche généralement qu'un seul chef d'Etat, qu'un seul ministre des affaires étrangères. Si un diplomate ne convenait pas, il y en aurait toujours potentiellement quelques dizaines d'autres qui conviendraient et pourraient le remplacer. S'agissant d'un chef d'Etat, il n'est pas envisageable de le remplacer parce qu'il ne convient pas à un Etat tiers. De plus, le diplomate doit être accepté par un seul pays, celui où il représentera son pays. Le chef d'Etat, lui, devrait l'être par tous les pays, ce qui n'est certainement pas toujours imaginable.

Pour ces différentes raisons l'on doit admettre que la seule absence d'accréditation expresse n'empêche pas une déclaration de *persona non grata* pour un chef d'Etat.

Dans ce sens l'on relèvera avec intérêt la prise de position du Conseil fédéral suisse dans le cadre de la crise irakienne, et singulièrement l'interdiction d'entrée sur le territoire national formulée à l'encontre de Saddam HUSSEIN et de ses proches, telle que transmise par le vice-chancelier de la Confédération suisse Achille CASANOVA :

« Même si rien ne laisse penser que Saddam HUSSEIN et ses proches veuillent ou puissent quitter l'Irak et chercher refuge en Suisse, le Conseil fédéral a décidé une interdiction d'entrée à l'encontre de Saddam HUSSEIN, de ses proches et des membres des forces dirigeantes qui se sont rendus coupables de violations des droits de l'homme. Sur la base de l'art. 121, al. 2, de la Constitution, ces personnes seraient expulsées si elles étaient interpellées en Suisse. [...] La décision prise aujourd'hui par le Conseil fédéral est une mesure

provisionnelle qui a valeur de décision de principe visant à garantir une exécution en temps utile. »⁵⁴

Dans le cas particulier de la Suisse, se pose ensuite la compatibilité d'une telle décision avec l'accord de siège conclu entre la Suisse et l'Organisation des Nations Unies.⁵⁵ Une telle mesure est en effet très largement contraire à l'art. IV de cet accord, qui octroie aux représentants des Etats membres de l'ONU les immunités diplomatiques, voire plus. Partant, une telle décision unilatérale du Conseil fédéral est très certainement nulle. Nous concernant, elle peut toutefois (abstraction faite du cas particulier de l'accord de siège) être considérée comme un exemple de déclaration de *persona non grata* pour un chef d'Etat.

Pour Damien VANDERMEERSCH également, il est possible « de recourir aux sanctions propres au droit diplomatique, en déclarant l'intéressé *persona non grata*, ce qui impliquerait qu'il ne jouirait plus d'aucune protection particulière et que son arrestation, son extradition éventuelle et son jugement seraient possibles s'il devait se trouver par la suite sur le territoire d'un de ces Etats ». ⁵⁶

Il faut dès lors bien comprendre qu'il ne s'agirait pas d'une levée d'immunité avec effet immédiat, mais comme dans le cas des agents diplomatiques d'une déclaration qui conduit normalement au rappel du diplomate par l'Etat d'envoi dans un délai raisonnable. Ensuite l'Etat accréditaire n'a plus à reconnaître à ce diplomate les privilèges et immunités dont il bénéficiait, ce qui implique que des poursuites sont dès lors possibles. Cette possibilité est réglée pour les agents diplomatiques à l'art. 9 de la Convention de Vienne.⁵⁷

Dans le cas d'un ministre des affaires étrangères ou d'un chef d'Etat, deux hypothèses sont envisageables : soit il se trouve déjà sur le territoire de l'Etat qui le déclare *persona non grata* et il doit avoir le temps de le quitter avant que son immunité ne soit plus reconnue, conformément au principe de la bonne foi et probablement sans que cela ne porte une atteinte déraisonnable au bon exercice de sa mission ; soit il n'y est pas et doit le savoir suffisamment tôt pour pouvoir éviter de s'y rendre. « Accordingly, a State could not invite a foreign Head of State and subsequently arrest him or her, while on its territory for official meetings. »⁵⁸

D'aucuns diront qu'une telle solution n'est peut-être pas entièrement satisfaisante, mais elle permet au moins de trouver une solution intermédiaire, une sorte de moins mauvaise solution qui a le mérite de respecter les deux éléments essentiels que sont l'immunité nécessaire à l'accomplissement de la fonction d'une part et la possibilité pour un pays de ne pas reconnaître l'immunité à certaines personnes si cela devait s'opposer à des valeurs

⁵⁴ Information du porte-parole du Conseil fédéral suisse Achille Casanova, Berne, 19.02.2003, disponible sous [www.admin.ch/cp/f/3e538a02_1@presse1.admin.ch.html].

⁵⁵ Accord sur les privilèges et immunités de l'Organisation des Nations Unies conclu entre le Conseil fédéral suisse et le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies, RS 0.192.120.1.

⁵⁶ VANDERMEERSCH D., « Quelques réflexions à propos de la responsabilité pénale des dirigeants en exercice en matière de crime de droit international. La situation en Belgique », in *Livre noir – Terrorisme et responsabilité pénale internationale*, Paris 2002, éd. S.O.S. Attentats, p. 343, le soulignement est de moi.

⁵⁷ Convention de Vienne du 18 avril 1961 sur les relations diplomatiques, RS 0.191.01.

⁵⁸ ZAPPALÀ S., « Do Head of State in office enjoy immunity from jurisdiction for international crimes ? The Ghaddafi case before the French Cour de Cassation », in *European Journal of International Law*, N° 12, Oxford 2001, éd. Oxford University Press, p. 600.

fondamentales par exemple. Différentes modalités sont envisageables, comme par exemple la nécessité pour le cas des chefs d'Etats de motiver la déclaration de *persona non grata* ou de limiter son application à certaines circonstances, ou encore « d'introduire un contrôle en opportunité, nécessaire aux relations entre Etats, mais qui ne relève pas de la fonction de juger et qui ne peut incomber au pouvoir judiciaire ». ⁵⁹

La motivation de la déclaration de *persona non grata* était un élément très discuté lors de l'adoption de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques. ⁶⁰ Ce n'est que par 28 voix contre 16 et 26 abstentions que l'art. 9 a été adopté et a institué la demande de rappel en acte discrétionnaire. ⁶¹ Les Etats partisans de la motivation estimaient que le diplomate ainsi rappelé devait « se justifier devant son département et éventuellement devant l'opinion publique de son pays ». ⁶² La seconde partie de cette affirmation est d'autant plus vraie pour un chef d'Etat. Quant à savoir si dans le cas de ce dernier une motivation de la déclaration joue réellement un rôle essentiel dans la justification devant l'opinion nationale, nous n'en sommes pas réellement convaincus.

Dès lors, un seul élément minimal doit à notre sens être absolument respecté : il faut que de bonne foi la personne qui se voit déclarée *non grata* ait raisonnablement le temps de quitter ou d'éviter le pays auteur de la déclaration. Si c'est le cas, il s'agit bien d'une déclaration que la personne est indésirable et que son immunité ne sera pas respectée. Cette situation, acceptable selon nous, est à distinguer du simple non-respect sans avertissement de l'immunité, qui est une violation de la coutume internationale.

D. Une position similaire pour le chef d'Etat et le ministre des affaires étrangères

La Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités ⁶³ cite les personnes aptes à engager l'Etat par leurs actes. En d'autres mots, en plus des personnes disposants des pleins pouvoirs pour le cas d'espèce, l'art. 7 al. 2 dispose qu'en vertu de leurs seules fonctions et sans avoir à produire de pleins pouvoirs certaines personnes sont considérées comme les représentants de leur Etat. Il s'agit d'une manière générale des chefs d'Etat, des chefs de gouvernement et des ministres des affaires étrangères, ainsi que de manière plus limitée, des chefs de mission diplomatique et des représentants accrédités des Etats à une conférence internationale ou auprès d'une organisation internationale, pour l'adoption de certains traités.

Dans son arrêt, la CIJ fait référence à cette Convention et relève qu'un ministre des affaires étrangères représente généralement son gouvernement dans les négociations internationales et les réunions intergouvernementales :

⁵⁹ CASSESES A. et DELMAS-MARLY S., Crimes internationaux et juridictions nationales, Paris 2002, éd. Presses Universitaires de France, p. 651.

⁶⁰ Convention de Vienne du 18 avril 1961 sur les relations diplomatiques, RS 0.191.01.

⁶¹ SALMON J., *Manuel de droit diplomatique*, Bruxelles 1994, éd. BRUYLANT, pp. 481ss.

⁶² *Idem*, p. 482.

⁶³ RS0.111.

« Ses actes sont susceptibles de lier l'Etat qu'il représente, et un ministre des affaires étrangères est considéré, au titre des fonctions qui sont les siennes, comme doté des pleins pouvoirs pour agir au nom de l'Etat. [...] Un ministre des affaires étrangères, responsable de la conduite des relations de son Etat avec tous les autres Etats, occupe une position qui fait qu'à l'instar du chef de l'Etat et du chef du gouvernement il se voit reconnaître par le droit international la qualité de représenter son Etat du seul fait de l'exercice de sa fonction. Il n'a pas à présenter de lettres de créance. »⁶⁴

De part sa fonction, le ministre des affaires étrangères est, au niveau international, dans la même situation qu'un chef d'Etat ou de gouvernement. Ils doivent donc bénéficier de la même protection et des mêmes privilèges, soit de la même immunité. Ce qui profite au ministre des affaires étrangères doit profiter au chef d'Etat ou de gouvernement, et réciproquement.

Relevons que les juges HIGGINS, KOOIJMANS et BUERGENTHAL « have found no basis for the argument that Ministers of Foreign Affairs are entitled to the same immunities as Heads of State ». ⁶⁵ Cela ne les empêche toutefois pas de conclure ensuite que « the Foreign Minister must also be immune whenever and wherever engaged in the functions required by his office and when in transit therefore ». ⁶⁶ A notre sens, il n'y a pas de raison suffisante d'octroyer des immunités au ministre des affaires étrangères et de ne pas les reconnaître au chef du gouvernement, une sorte de supérieur hiérarchique à qui il doit rendre aussi des comptes.

Les immunités devraient, selon les juges précités, probablement aussi s'appliquer lors de voyages privés, étant entendu que c'est l'atteinte au bon exercice de la fonction qui serait déterminant. Ce critère est également retenu par Joe VERHOEVEN (au sujet délicat de l'immunité d'exécution civile) : « c'est l'entrave apportée à l'exercice de ses fonctions qui doit être déterminante ». ⁶⁷

Pour sa part, la juge VAN DEN WYNGAERT, retient qu'il y a analogie entre les chefs d'Etat et les ministres des affaires étrangères, « mais on ne saurait les assimiler pour la seule raison que leurs fonctions offrent matière à comparaison. Tous deux représentent l'Etat, mais les ministres des affaires étrangères ne 'personnifient' pas l'Etat de la même façon que les chefs d'Etat, qui en sont l'alter ego. »⁶⁸ Cet argument est pertinent si l'on retient une immunité dont le fondement est une « personnification » de l'Etat dans un sens moral ou de dignité. Cela tend à ne considérer l'immunité que comme une marque de courtoisie et de respect, ce que soutient la juge. Mais à l'inverse de cette conception, nous préférons retenir une immunité fonctionnelle : ainsi à des fonctions analogues doit correspondre une immunité analogue.

⁶⁴ Arrêt YERODIA § 53.

⁶⁵ Opinion individuelle conjointe des juges HIGGINS, KOOIJMANS et BUERGENTHAL, p. 20.

⁶⁶ *Idem*.

⁶⁷ VERHOEVEN J., « Mandat d'arrêt international et statut de ministre », in *Actualité et droit international*, mai 2002, p.2, [<http://www.ridi.org/adi>].

⁶⁸ Opinion dissidente de la juge *ad hoc* VAN DEN WYNGAERT, § 16.

Globalement, « il est clair que ce qui est vrai pour le ministre des affaires étrangères doit l'être aussi pour le chef d'Etat ou le chef de gouvernement. »⁶⁹ Joe VERHOEVEN affirme encore que « *mutatis mutandis*, il devrait sans doute être semblablement admis que tout autre membre d'un gouvernement bénéficie de [l'immunité de juridiction] lorsqu'il est appelé à exercer à l'étranger des fonctions 'internationales', quand bien même il n'est investi de plein droit d'aucune tâche de représentation ».⁷⁰

C'est ainsi toujours sur la base de la notion de fonction effective qu'il faudra décider si une personne est au bénéfice d'une immunité, et au besoin éventuellement sur l'effet que pourrait avoir le non-respect de cette immunité pour le bon exercice de la fonction. De plus, même si certains auteurs contestent que les privilèges accordés au chef d'Etat s'appliquent aussi au ministre des affaires étrangères, le contraire ne doit pas l'être pour autant : ce qui est reconnu au ministre des affaires étrangères doit l'être également au chef d'Etat.

E. Conclusion

La Cour retient de manière très claire que l'immunité des chefs d'Etat est une immunité fonctionnelle :

« Les fonctions d'un ministre des affaires étrangères sont telles que, pour toute la durée de sa charge, il bénéficie d'une immunité de juridiction pénale et d'une inviolabilité totales à l'étranger. Cette immunité et cette inviolabilité protègent l'intéressé contre tout acte d'autorité de la part d'un autre Etat qui ferait obstacle à l'exercice de ses fonctions. »⁷¹

L'immunité est due à cause de la fonction. Elle protège contre des actes qui feraient obstacle au bon exercice de cette fonction et doit permettre le bon accomplissement de la mission internationale du chef d'Etat. Eu égard à la fonction du ministre des affaires étrangères, son immunité doit être rapprochée de celle garantie aux diplomates par la Convention de Vienne. Il nous paraît de plus admissible de reconnaître aux Etats tiers la possibilité de déclarer sous certaines conditions un chef d'Etat *persona non grata*, ce qui permet ensuite de ne plus avoir à respecter son immunité.

⁶⁹ VERHOEVEN J., « Mandat d'arrêt international et statut de ministre », in *Actualité et droit international*, mai 2002, p. 2, [<http://www.ridi.org/adi>].

⁷⁰ *Idem*.

⁷¹ Arrêt YERODIA § 54.

IV. L'étendue de l'immunité

Après avoir regardé qui est titulaire de l'immunité et pourquoi, il convient de s'intéresser maintenant à l'étendue de l'immunité : une immunité absolue (A), mais (en partie) limitée dans le temps (B).

A. L'étendue matérielle de l'immunité : les actes protégés

Lorsque le titulaire est en fonction, il n'est pas fait de distinction selon le type d'acte, car quel que soit le type d'acte en question, le résultat sur l'atteinte au bon déroulement de la charge du chef d'Etat est la même. Après la perte des fonctions en revanche, il sera fait une distinction entre les actes privés et les actes de fonction.

« Amtierende Staatsoberhäupter geniessen infolgedessen nach derzeit geltendem Völkerrecht absolute Immunität ». ⁷² La portée de cette immunité absolue est semblable à celle de l'immunité personnelle. L'immunité doit être pleine et entière, ou absolue comme le dit très bien la Cour :

« A cet égard, il n'est pas possible d'opérer de distinction entre les actes accomplis par un ministre des affaires étrangères à titre 'officiel' et ceux qui l'auraient été à titre 'privé', pas plus qu'entre les actes accomplis par l'intéressé avant qu'il n'occupe les fonctions de ministre des affaires étrangères et ceux accomplis durant l'exercice de ces fonctions. C'est ainsi que, si un ministre des affaires étrangères est arrêté dans un autre Etat à la suite d'une quelconque inculpation, il se trouvera à l'évidence empêché de s'acquitter des tâches inhérentes à ses fonctions. Les obstacles ainsi apportés à l'exercice de telles fonctions officielles ont des conséquences aussi graves, que le ministre des affaires étrangères, au moment de son arrestation, ait été présent à titre officiel ou privé sur le territoire de l'Etat ayant procédé à cette arrestation, que celle-ci concerne des actes qu'il aurait accomplis avant d'occuper le poste de ministre des affaires étrangères ou des actes accomplis dans le cadre de ses fonctions, ou encore qu'elle concerne des actes qu'il aurait accomplis à titre 'officiel' ou des actes qu'il aurait accomplis à titre 'privé'. » ⁷³

La Cour internationale de justice est ici très claire, et très cohérente avec son rattachement de l'immunité à la fonction de son titulaire. Il doit pouvoir accomplir sa tâche, sa fonction, sans en être empêché et sans qu'elle soit rendue plus difficile. La provenance et la cause de ce qui pourrait troubler le bon accomplissement de la fonction importent peu. C'est l'effet, les conséquences qui doivent être considérées : il faut que le chef d'Etat puisse tenir son rôle sans aucun obstacle. « L'exercice de ses fonctions requiert non seulement une liberté complète de

⁷² TANGERMANN C., *Die völkerrechtliche Immunität von Staatsoberhäuptern*, Berlin 2002, éd. DUNCKER & HUMBLOT, p. 232.

⁷³ Arrêt YERODIA § 55.

déplacement, mais aussi une totale liberté de communication avec son gouvernement et le réseau de ses représentations extérieures ainsi qu'avec les représentants des autres Etats. »⁷⁴

Dans leur opinion dissidente, les juges HIGGINS, KOOIJMANS et BUERGENTHAL relèvent « broad agreement in the literature that a Minister for Foreign Affairs is entitled to full immunity during official visits in the exercise of his function » et concluent que « the Foreign Minister must also be immune whenever and wherever engaged in the functions required by his office and when in transit therefore ».⁷⁵ S'agissant de voyages privés, et même s'ils considèrent ce cas comme « far less clear »⁷⁶, ils reconnaissent néanmoins que « he or she may not be subjected to measures which would prevent effective performance of the functions of a Foreign Minister ».⁷⁷ Toutefois, et la Cour l'a rappelé, qu'il soit présent sur le territoire d'un Etat étranger pour des motifs privés ou officiels ne joue aucun rôle. Joe VERHOEVEN le soutient également : « peu importe aussi que, quels que soient la nature de l'acte ou le lieu où il a été accompli, le ministre soit en visite privée ou officielle. »⁷⁸

Il justifie pour sa part le caractère absolu de l'immunité par le fait qu'une autre solution « estomperait la distinction entre organe et sujet ».⁷⁹ Cette explication est particulièrement convaincante s'il l'on considère que le chef d'Etat est au service de l'Etat, qu'il est le bras de l'Etat. Il n'agit pas en tant qu'individu mais en tant qu'organe. Et alors après la cessation de la fonction, l'immunité perdure pour l'organe (la partie officielle), mais pas pour l'individu (les actes accomplis à titre privé) ; l'immunité *rationae materiae* subsiste, mais pas l'immunité *rationae personae*.

L'immunité absolue signifie aussi qu'est interdit non seulement tout acte de contrainte ou de coercition, mais également comme le précise Jean-Pierre QUENEUDEC, « une simple menace susceptible de porter atteinte à l'exercice normal de ses fonctions ».⁸⁰ Une telle menace risquerait de modifier le comportement, la marge de manœuvre du chef d'Etat, et serait apte à faire pression sur lui.

De plus, la protection conférée par l'immunité concerne tous les actes, quelle que soit leur cause : des actes privés ou officiels nous l'avons vu, ainsi que bien entendu les actes datant d'avant l'entrée en fonction. A nouveau l'atteinte serait la même, qu'elle qu'en soit la justification éventuelle. Une mesure prise contre un chef d'Etat alors qu'il est en fonction l'empêchera « de remplir librement et sans entraves les fonctions dont il a la charge »,⁸¹ et cela de la même manière qu'il s'agisse de faits remontant très loin avant l'entrée en fonction ou d'actes actuels. Conformément à son but, l'immunité doit donc être appliquée pleinement et sans distinction, une solution différente étant seulement réservée dès la fin de la fonction.

⁷⁴ QUENEUDEC, J.-P., « Un arrêt de principe : l'arrêt de la C.I.J. du 14 février 2002 », in *Actualité et droit international*, mai 2002, p. 3, [http://www.ridi.org/adi].

⁷⁵ Opinion individuelle conjointe des juges HIGGINS, KOOIJMANS et BUERGENTHAL, p. 20.

⁷⁶ *Idem*.

⁷⁷ *Idem*.

⁷⁸ VERHOEVEN J., « Mandat d'arrêt international et statut de ministre », in *Actualité et droit international*, mai 2002, p. 2, [http://www.ridi.org/adi].

⁷⁹ VERHOEVEN J., *Droit international public*, Bruxelles 2000, éd. LARCIER, p 123.

⁸⁰ QUENEUDEC, J.-P., « Un arrêt de principe : l'arrêt de la C.I.J. du 14 février 2002 », in *Actualité et droit international*, mai 2002, p. 3, [http://www.ridi.org/adi].

⁸¹ Arrêt YERODIA, § 47.

L'immunité est aussi absolue en ce sens que dans ses effets l'on peut considérer qu'elle recouvre à la fois une immunité fonctionnelle et une immunité personnelle: une immunité fonctionnelle limitée aux actes liés aux fonctions (compétence *rationae materiae*) et une immunité personnelle plus large qui couvre aussi des comportements à caractère privé (immunité *rationae personae*).⁸²

Pour résumer, l'on peut retenir que « les chefs d'Etat bénéficient donc d'une immunité de juridiction totale dans les Etats étrangers pour tous les actes qui tomberaient ordinairement sous la juridiction de ces Etats, quel que soit le critère de rattachement des actes incriminés »,⁸³ et quel que soit le motif de leur présence sur le territoire.

B. L'étendue temporelle de l'immunité

Dès lors que la fonction disparaît, fonction qui rappelons-le est la cause de l'immunité, l'on peut s'attendre à la disparition de l'immunité (1). Cette solution serait cependant trop radicale, car l'on pourrait à ce moment-là juger de l'opportunité politique de certaines décisions, d'où une nécessaire distinction entre les différents types d'actes (2), pour permettre une adaptation de l'immunité (3).

1. La fin de la fonction et la disparition de l'immunité

La Cour internationale de justice nous enseigne que « les fonctions d'un ministre des affaires étrangères sont telles que, pour toute la durée de sa charge, il bénéficie d'une immunité de juridiction pénale et d'une inviolabilité. »⁸⁴ Ce privilège n'est donc pas éternel et s'éteint avec la cessation des fonctions, car il n'a pas pour but de favoriser une personne en tant que telle, mais le détenteur d'une fonction. De manière laconique, l'on pourrait dire que vu qu'il bénéficie de l'immunité à cause de sa fonction, plus de fonction signifie plus d'immunité !

Ce principe a été exprimé par le Tribunal fédéral suisse en 1989 déjà : « ce privilège, reconnu pour le profit de l'Etat étranger à son plus haut dignitaire, trouve ses limites, d'une part, dans la volonté de cet Etat et, d'autre part, dans la durée des fonctions du chef d'Etat ». ⁸⁵ Le Tribunal traite de manière parallèle le retrait de l'immunité par la volonté de l'Etat et la fin des fonctions. L'ancien chef d'Etat ne représente plus l'Etat parce qu'il n'en a plus la capacité, il n'y est plus légitimé : soit que son pouvoir de représentation et sa protection spéciale en découlant lui ont été retirés par son Etat, soit qu'ils soient arrivés « à échéance ».

⁸² CASSESES A. et DELMAS-MARLY S., *Crimes internationaux et juridictions nationales*, Paris 2002, éd. Presses Universitaires de France, p. 638.

⁸³ Arrêt du Tribunal fédéral suisse du 02.11.1989 dans la cause Ferdinand et Imelda MARCOS contre Office fédéral de la police (115Ib 496), p. 501.

⁸⁴ Arrêt YERODIA § 54.

⁸⁵ Arrêt du Tribunal fédéral suisse du 02.11.1989 dans la cause Ferdinand et Imelda MARCOS contre Office fédéral de la police (115Ib 496), p. 501.

Le juge VANDERMEERSCH confirme également qu'en « ce qui concerne la personne ayant le statut d'ancien chef d'Etat ou de gouvernement, elle cesse de jouir des immunités conférées à l'exercice de sa fonction lorsque celle-ci prend fin ».⁸⁶

L'analogie présentée plus haut avec les agents diplomatiques va dans le même sens, ce que confirme Jean SALMON : « on peut exprimer le principe suivant : l'immunité cesse à la fin des fonctions ».⁸⁷ La Convention de Vienne sur les relations diplomatiques⁸⁸ prévoit que l'immunité prend fin à la fin des fonctions (ou du moins à la fin des fonctions dans ce pays-là) : « lorsque les fonctions d'une personne bénéficiant des privilèges et immunités prennent fin, ces privilèges et immunités cessent normalement au moment où cette personne quitte le pays, ou à l'expiration d'un délai raisonnable qui lui aura été accordé à cette fin » (art. 39 al. 2).

Ainsi doctrine et jurisprudence semblent concorder pour affirmer sans retenue que le chef d'Etat n'est plus titulaire de l'immunité pour ses actes futurs: « das Staatsoberhaupt hat selbstverständlich hinsichtlich seiner zukünftigen Handlungen jeglichen Anspruch auf Immunität verloren ».⁸⁹

Quant à la portée résiduelle de l'immunité pour certains actes passés, quelques distinctions sont nécessaires pour savoir ce qui doit encore être protégé après la fin de la fonction et ce qui ne l'est plus.

2. Les actes privés et les actes de fonction

La distinction traditionnelle entre les actes dits privés (*acta de jure gestionis*) et ceux dits de fonction (*acta de jure imperii*) est courante et joue un rôle essentiel concernant l'immunité de juridiction des Etats. « Seules les activités du premier type bénéficient de l'immunité de juridiction et sont reconnaissables à ce qu'elles sont exercées en application des compétences de l'Etat en tant que souverain, ou, dirait-on en droit interne, de 'puissance publique'. [...] En revanche, lorsque l'Etat agit *jure gestionis*, c'est-à-dire comme un industriel ou un commerçant et que son activité paraît ainsi relever de la gestion privée, il ne pourra pas se prévaloir de son immunité ».⁹⁰

C'est en fonction de l'acte lui-même que la distinction sera faite : « festzustellen ist also, dass *acta jure imperii* und *acta jure gestionis* durch die Natur der Handlung und das entstandene Rechtsverhältnisses erfolge ».⁹¹ Le Tribunal fédéral suisse également « considère comme déterminante la nature intrinsèque de l'opération; il s'agit de déterminer si l'acte [...] relève de la puissance publique, ou s'il s'agit d'un rapport juridique qui pourrait, dans une forme

⁸⁶ VANDERMEERSCH D., « Quelques réflexions à propos de la responsabilité pénale des dirigeants en exercice en matière de crime de droit international. La situation en Belgique », in *Livre noir – Terrorisme et responsabilité pénale internationale*, Paris 2002, éd. S.O.S. Attentats, pp. 335.

⁸⁷ SALMON J., *Manuel de droit diplomatique*, Bruxelles 1994, éd. BRUYLANT, p. 402.

⁸⁸ RS 0.191.01

⁸⁹ HOKEMA G., *Immunität von Staatsoberhäuptern*, Frankfurt am Rhein 2002, éd. Peter LANG, p. 263.

⁹⁰ DUPUY P.-M., *Droit international public*, Paris 1998, éd. DALLOZ, p. 112.

⁹¹ HOKEMA G., *Immunität von Staatsoberhäuptern*, Frankfurt am Rhein 2002, éd. Peter LANG, p. 265.

identique ou semblable, être conclu par deux particuliers ». ⁹² C'est donc la nature de l'opération qui est déterminante et que nous retiendrons, ⁹³ et pas le seul but poursuivi par l'Etat étranger.

Cette distinction s'applique *mutatis mutandis* également aux chefs d'Etats. A moins que l'on ne considère avec Christophe TANGERMANN qu'elle s'applique d'elle-même, car d'abord conçue pour le chefs d'Etat :

« das Recht der Staatenimmunität hat sich aus den Rechtsregeln über die Immunität der Staatsoberhäupter entwickelt, nicht umgekehrt. Auch die rechtliche Relevanz der Differenzierung zwischen amtlich-hoheitlichen Akten (*jure imperii*) einerseits und Handlungen *jure gestionis* andererseits setzt sich zunächst in Prozessen gegen fremde Staatsoberhäupter, erst erheblich später in solchen gegen fremde Staaten durch. » ⁹⁴

D'autre part, cette distinction se retrouve aussi concernant les diplomates pour toute une série de règles. La Convention de Vienne sur les relations diplomatiques ⁹⁵ prévoit par exemple, que le diplomate ne bénéficie pas de l'immunité de juridiction dans le cas d'une action réelle concernant un immeuble privé et utilisé à des fins privées, dans le cas d'une action concernant une succession, dans laquelle l'agent diplomatique figure à titre privé ou d'une action concernant une activité professionnelle ou commerciale exercée en dehors de ses fonctions officielles (art. 31). Par ailleurs, l'Etat accréditaire doit respecter l'inviolabilité de la correspondance *officielle* (art. 27 al. 2).

A noter la distinction entre les actes accomplis dans le cadre des fonctions et les actes officiels (ou de fonction). La seconde catégorie est plus restreinte car elle retient seulement « les actes accomplis pour le compte de l'Etat ». ⁹⁶ Ainsi, pour reprendre l'exemple de Jean SALMON, la location d'un appartement aux fins de fonctions serait un acte accomplis dans l'exercice des fonctions, mais pas un acte officiel. Nous ne retiendrons pas cette distinction dans la suite de notre analyse, car à notre sens l'immunité doit s'appliquer de la même manière à ces deux catégories. Il ne s'agit en effet jamais d'acte commis réellement à titre privé, pour un bénéficiaire personnel de l'individu.

L'on peut dès lors retenir la distinction entre actes officiels et actes privés comme la distinction entre les actes *jure imperii* et *jure gestionis* appliquée à l'immunité des Etats, ou alors en se référant à la distinction entre actes accomplis aux fins de la mission diplomatique et actes accomplis à titre privé.

Parallèlement, il est intéressant aussi de rappeler ici la distinction entre immunité personnelle (immunité *rationae personae*) et immunité matérielle (immunité *rationae materiae*) :

⁹² CAFLISCH L., « La pratique suisse en matière de droit international public 2000 », in *Revue suisse de droit international et de droit européen*, Zürich 2001, éd. SCHULTHESS, p. 588, et les arrêts cités.

⁹³ Contrairement à certaines cours nationales qui privilégient le seul but de l'acte.

⁹⁴ TANGERMANN C., *Die völkerrechtliche Immunität von Staatsoberhäuptern*, Berlin 2002, éd. DUNCKER & HUMBLOT, p. 231.

⁹⁵ RS 0.191.01

⁹⁶ SALMON J., *Manuel de droit diplomatique*, Bruxelles 1994, éd. BRUYLANT, p. 437.

« L'immunité personnelle se fonde sur la nécessaire indépendance dont doit bénéficier le chef d'Etat dans sa fonction de représentant de l'Etat. En revanche, devenu simple particulier, ces actes-là ne portent pas atteinte à l'indépendance de la fonction étatique et deviennent donc justiciables. Si l'immunité est matérielle, seuls les actes accomplis dans l'exercice de ses fonctions bénéficient d'une immunité de juridiction. La raison est l'imputation de l'acte à l'Etat. Mais alors cette immunité doit logiquement subsister après la cessation des fonctions puisque c'est l'Etat qui en est l'auteur et non la personne privée. »⁹⁷

Il ne reste plus que l'immunité fonctionnelle consacrée par la Cour, alors que l'immunité personnelle (intégrée dans le caractère absolu de l'immunité durant la fonction) s'efface.

Dans l'arrêt MARCOS, le Tribunal fédéral suisse admet une l'immunité absolue « *ratione personae* » pour les chefs d'Etat en exercice, que ce soit pour des actes publics ou privés. Il considère que, s'agissant d'anciens chefs d'Etat, cette immunité ne pouvait couvrir, « *ratione materiae* », que les actes commis dans l'exercice de fonctions officielles, par opposition à des actes commis à titre privé.

Nous soulignerons ici que la Cour internationale de justice n'a pas utilisé les termes d'immunité *ratione materiae* et d'immunité *ratione personae*. L'immunité fonctionnelle absolue est à considérer comme le cumul des immunités matérielles et personnelles. Après la cessation des fonctions, soit lorsque l'immunité n'est plus absolue, l'immunité personnelle disparaît.

3. Les restes de l'immunité après la fonction

Quand un chef d'Etat n'est plus titulaire des fonctions à la base de ses immunités, ces dernières ne lui sont plus reconnues, ou exprimé de manière plus juste, elles ne lui sont plus que partiellement reconnues. Certains actes seront donc toujours couverts par l'immunité, car il est nécessaire de respecter le but de l'immunité, à savoir la liberté d'action du chef d'Etat. Elle ne doit pas pouvoir être remise en question par une action en justice engagée après la fin des fonctions. C'est ce que confirme la Cour internationale de Justice :

« Dès lors qu'une personne a cessé d'occuper la fonction de ministre des affaires étrangères, elle ne bénéficie plus de la totalité des immunités de juridiction que lui accordait le droit international dans les autres Etats. A condition d'être compétent selon le droit international, un tribunal d'un Etat peut juger un ancien ministre des affaires étrangères d'un autre Etat au titre d'actes accomplis avant ou après la période pendant laquelle il a occupé ces fonctions, ainsi qu'au titre d'actes qui, bien qu'accomplis durant cette période, l'ont été à titre privé. »⁹⁸

⁹⁷ POIRAT F., « Immunité de juridiction pénale du chef d'Etat étranger en exercice et règle coutumière devant le juge judiciaire », in *Revue générale de droit international public*, tome 105, Paris 2001, éd. A. PEDONE, p. 482.

⁹⁸ Arrêt YERODIA § 61.

Premièrement, l'immunité ne couvre plus les actes commis avant ou après la fonction, car ceux-ci ne peuvent raisonnablement être considérés comme inhérents à la fonction. Si le chef d'Etat bénéficie néanmoins pendant sa fonction d'une immunité pour les actes qu'il aurait commis avant, ce n'est qu'un moyen de repousser les poursuites pour qu'elles n'entravent pas le bon accomplissement de sa charge. Après, il n'y a plus aucun motif valable de s'opposer à ce que justice soit faite comme pour tout justiciable, ces actes n'ayant pas de liens avec la fonction. Anne MUXART souligne l'analogie avec la Convention de Vienne : « comme pour l'ambassadeur, la perte de la fonction entraîne la disparition des immunités *rationae personae* du chef d'Etat ».⁹⁹

Ensuite, l'immunité ne couvre plus que certains actes accomplis pendant la durée du mandat : « lorsque le chef d'Etat n'est plus en fonction, la pratique dominante paraît en tous les cas lui accorder une immunité de juridiction et d'exécution pour les actes qu'il a accomplis en qualité officielle ».¹⁰⁰ Selon la distinction faite ci-dessus, et pour que l'immunité ne devienne pas un bénéfice personnel, les actes qui ne sont pas de fonction ne doivent pas jouir d'une protection particulière. La Résolution de l'Institut de droit international prévoit à son art. 13 que l'ancien chef d'Etat ne bénéficie de l'immunité que pour les « actes accomplis durant ses fonctions et qui participaient de leur exercice ».¹⁰¹

La voie est donc ouverte pour la poursuite de tous les actes de type privé, indépendamment du fait qu'ils ont été commis avant, pendant ou après la fonction. Pour le chef d'Etat, il « ne subsiste que son immunité *rationae materiae*, c'est-à-dire celle qui s'attache aux actes officiels qu'il a accomplis dans l'exercice de ses fonctions. Aussi peut-il être poursuivi devant les tribunaux étrangers pour tout acte privé commis par lui et ce même lorsqu'il était en fonction. »¹⁰² A condition bien sûr que la poursuite intervienne lorsqu'il n'est plus en fonction.

Cette solution avait déjà été retenue par la House of Lords dans l'affaire PINOCHET :¹⁰³ « les deux décisions posent le principe, indiscutable, selon lequel l'ancien chef d'Etat ne bénéficie, après la cessation de ses fonctions, que d'immunités pour les actes qu'il a accomplis pendant la durée de ses fonctions et dans l'exercice de celles-ci ».¹⁰⁴ En d'autres termes, « the majority of the law Lords concurred with the view that the immunity to which a former head of state is entitled is an immunity *rationae materiae*, as opposed to the immunity *rationae personae* reserved to head of state while in office ».¹⁰⁵

⁹⁹ MUXART A., « Immunité de l'ex-chef d'Etat et compétence universelle : quelques réflexions à propos de l'affaire Pinochet », in *Actualité et droit international*, décembre 1998, [http://www.ridi.org/adi].

¹⁰⁰ VERHOEVEN J., *Droit international public*, Bruxelles 2000, éd. LARCIER, p. 123.

¹⁰¹ Résolution de la 13^e Commission de l'Institut de droit international concernant « les immunités de juridiction et d'exécution du chef d'Etat et de gouvernement en droit international », à paraître in *Annuaire de l'Institut de droit international, session de Vancouver 2001*, Paris, éd. A. PEDONE, déjà disponible sous [www.idi-ii.org].

¹⁰² MUXART A., « Immunité de l'ex-chef d'Etat et compétence universelle : quelques réflexions à propos de l'affaire Pinochet », in *Actualité et droit international*, décembre 1998, [http://www.ridi.org/adi].

¹⁰³ Décisions de la Chambre des Lords du 25 novembre 1998 et du 24 mars 1999 disponibles sous [www.parliament.uk/judicial_work/judicial_work.cfm].

¹⁰⁴ COSNARD M., « Quelques observations sur les décisions de la chambre des Lords du 25 novembre 1998 et du 24 mars 1999 dans l'affaire Pinochet », in *Revue générale de droit international public*, tome 103, Paris 1999, éd. A. PEDONE, p.314.

¹⁰⁵ VERDIRAME G., « Immunity vs. Impunity ? The House of Lords and the Pinochet Case », in *L'Astrée N°8*, septembre 1999, [www.ifrance.com/astree].

Si certains actes ne sont plus couverts par l'immunité, d'autres le sont en revanche encore et le seront toujours : les actes de fonction ou actes officiels. L'immunité déploie donc ses effets également après la perte de la fonction, pour les actes commis dans l'exercice de cette dernière. Il en va de même pour l'immunité consacrée par la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques :¹⁰⁶ elle subsiste en ce qui concerne les actes accomplis par le diplomate dans l'exercice de ses fonctions (art. 39 al. 2 *in fine*). « Si l'immunité de juridiction prend fin après le départ des agents diplomatiques [...] pour les actes de nature privée accomplis avant ou pendant les fonctions, en revanche, elle survit à la cessation des fonctions pour les actes accomplis en qualité officielle. »¹⁰⁷

La raison est simple : d'une manière générale l'immunité n'aurait guère de sens s'il était toujours possible pour un Etat tiers de se mêler des affaires de son voisin et de juger ses comportements après la cessation des fonctions du chef d'Etat. Cela aurait de plus deux conséquences regrettables : d'une part les dirigeants en place auraient tout intérêt à y rester (ce qui est particulièrement regrettable et ne favorise pas la transition de dictatures vers des régimes démocratiques par exemple) et d'autre part les chefs d'Etat seraient beaucoup plus frileux dans leurs actions et leur collaboration, ce qui n'est pas non plus en faveur d'une communauté internationale active et responsable. Comme le dit Marc HENZELIN :

« la perspective pour un ministre d'être poursuivi après avoir terminé sa charge l'inhibe et l'empêche de décider en toute conscience et indépendance des actes utiles pour le bien de sons pays ». ¹⁰⁸

¹⁰⁶ RS 0.191.01

¹⁰⁷ SALMON J., *Manuel de droit diplomatique*, Bruxelles 1994, éd. BRUYLANT, p. 408.

¹⁰⁸ HENZELIN M., « L'immunité pénale des ministres selon la Cour internationale de justice », in *Revue pénale suisse*, Berne 2002, éd. STÄMPFLI Verlag AG, p. 254.

V. Les tribunaux concernés

L'immunité est d'une certaine manière « relative ». Attention toutefois, car cette relativité ne s'oppose pas à l'immunité absolue quant à son contenu (comme considérée ci-avant), mais quant aux tribunaux devant lesquels elle est invocable. Simplement, l'immunité doit être considérée différemment selon que l'on est devant le tribunal national du bénéficiaire (A), un tribunal national étranger (B) ou un tribunal international (C).

A. *Les juridictions nationales internes*

Les immunités dont nous avons traité jusqu'ici sont « internationales ». Internationales tout d'abord parce que garanties par une coutume, de la jurisprudence et de la doctrine internationales. Internationales ensuite parce qu'elles sont là pour protéger la bonne marche des relations internationales et la circulation internationale des personnes protégées. Internationales finalement parce qu'elles ne jouent aucun rôle en droit interne national :

« Ils [les ministres ou anciens ministres des affaires étrangères] ne bénéficient, en premier lieu, en vertu du droit international d'aucune immunité de juridiction pénale dans leur propre pays et peuvent par suite être traduits devant les juridictions de ce pays conformément aux règles fixées en droit interne. »¹⁰⁹

La situation est identique pour les diplomates qui ne disposent d'aucun privilège ni immunité dans leur Etat d'envoi.

Au plan interne, d'autres « immunités » existent néanmoins. Elles varient selon les pays et les régimes politiques : inviolabilité, irresponsabilité ou immunité sont généralement accordées au Roi, chef de l'Etat et du parlement, ministres, parlementaires et sénateurs. En principe, « l'irresponsabilité est absolue et elle ne peut être levée sous aucun prétexte. L'immunité, en revanche, constitue une protection particulière liée à une qualité officielle : au-delà de la personne physique, c'est l'institution que cette personne représente que l'on entend protéger. [...] Elle peut être levée par l'institution concernée. »¹¹⁰

A ce sujet, signalons brièvement que le Royaume de Belgique, pays opposé s'il en est à l'immunité des chefs d'Etats et ardent défenseur de la compétence universelle,¹¹¹ ne pourrait poursuivre son propre Roi, même pour un crime international : la Constitution belge prévoit en effet que « la personne du Roi est inviolable; ses ministres sont responsables » (art. 88).

¹⁰⁹ Arrêt YERODIA, § 61.

¹¹⁰ VANDERMEERSCH D., « Quelques réflexions à propos de la responsabilité pénale des dirigeants en exercice en matière de crime de droit international. La situation en Belgique », in *Livre noir – Terrorisme et responsabilité pénale internationale*, Paris 2002, éd. S.O.S. Attentats, pp. 333s.

¹¹¹ cf. notamment la Loi belge du 16 juin 1993 «relative à la répression des infractions graves aux conventions internationales de Genève du 12 août 1949 et aux protocoles I et II du 8 juin 1977, additionnels à ces conventions», telle que modifiée par la loi du 19 février 1999 «relative à la répression des violations graves de droit international humanitaire» (dénommée parfois «loi de compétence universelle»).

Cela signifie que le Roi « jouit d'une immunité totale de juridiction et d'exécution »¹¹² dans son pays, sans exception possible. Il est piquant de relever que Damien VANDERMEERSCH (le juge d'instruction qui a décerné le 11 avril 2000 un certain mandat d'arrêt international contre le ministre des affaires étrangères congolais Abdulaye YERODIA) « gag[e] que cette hypothèse sera purement théorique de telle sorte qu'elle ne mérite pas plus de développements ». Nous ne saurions approuver cette conclusion, ni même nous empêcher d'en relever l'aspect paradoxal.

B. Les juridictions nationales étrangères

C'est finalement devant les tribunaux nationaux étrangers que l'immunité a sa raison d'être et déploie pleinement ses effets ; c'est pour ces tribunaux qu'elle est conçue. Les juridictions nationales de l'Etat dont le titulaire de l'immunité est ressortissant et les tribunaux internationaux ne sont finalement que des exceptions : la première parce qu'elle ne ressort pas directement au droit international public, la seconde, un phénomène récent et particulier, parce qu'elle bénéficie de soutien et de garanties qui lui octroient un rôle particulier ou supérieur.

Si le non-respect des immunités accordées aux chefs d'Etat représente bien un risque, c'est devant les tribunaux nationaux étrangers. C'est ceux-ci qui pourraient être les « instruments » de gouvernements étrangers :

« la coexistence paisible des Etats pourrait être radicalement compromise s'il suffisait d'alléguer que leurs représentants ont commis un crime ou toute autre infraction pour pouvoir les poursuivre à l'étranger et les arrêter ou les détenir en conséquence ».¹¹³

Il existe néanmoins des cas où un chef d'Etat peut être recherché devant un tribunal étranger : les chefs d'Etat « ne bénéficient plus de l'immunité de juridiction à l'étranger si l'Etat qu'ils représentent ou ont représenté décide de lever cette immunité ».¹¹⁴

La levée de l'immunité ou la renonciation au bénéfice de l'immunité peut survenir de différentes manières : « entweder durch eine förmliche resp. eine zwar konkludente, aber doch unzweideutige Einzelfalleinwilligung, [...] oder aber durch einen generellen vertraglichen Verzicht auf die Geltendmachung der Immunität für bestimmte Sachverhalte ».¹¹⁵ Comme l'immunité provient de la volonté de l'Etat, c'est à ce dernier d'y renoncer, selon les règles internes qui lui sont propres.

¹¹² VANDERMEERSCH D., « Quelques réflexions à propos de la responsabilité pénale des dirigeants en exercice en matière de crime de droit international. La situation en Belgique », in *Livre noir – Terrorisme et responsabilité pénale internationale*, Paris 2002, éd. S.O.S. Attentats, pp. 334.

¹¹³ VERHOEVEN J., « Mandat d'arrêt international et statut de ministre », in *Actualité et droit international*, mai 2002, p. 3, [<http://www.ridi.org/adi>].

¹¹⁴ Arrêt YERODIA, § 61.

¹¹⁵ TANGERMANN C., *Die völkerrechtliche Immunität von Staatsoberhäuptern*, Berlin 2002, éd. DUNCKER & HUMBLOT, pp.207s.

Il en va de même pour les diplomates, comme le confirme la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques :¹¹⁶ l'Etat d'envoi peut renoncer de manière expresse à l'immunité de juridiction de ses diplomates (art. 32).

Signalons également qu'il ne faut pas confondre les règles gouvernant la compétence des tribunaux nationaux et les règles régissant les immunités juridictionnelles. Dans la seconde partie de l'arrêt YERODIA, la CIJ a d'ailleurs clairement affirmé le principe que la compétence donnée par des conventions internationales à des tribunaux nationaux ne prime en aucun cas sur l'immunité reconnue par le droit coutumier international :

« si diverses conventions internationales tendant à la prévention et à la répression de certains crimes graves ont mis à la charge des Etats des obligations de poursuite ou d'extradition, et leur ont fait par suite obligation d'étendre leur compétence juridictionnelle, cette extension de compétence ne porte en rien atteinte aux immunités résultant du droit international coutumier [...]. Celles-ci demeurent opposables devant les tribunaux d'un Etat étranger, même lorsque ces tribunaux exercent une telle compétence sur la base de ces conventions. »¹¹⁷

Il ne suffit alors pas d'être compétent selon son droit national ou même selon le droit international pour pouvoir juger un chef d'Etat au bénéfice d'une immunité de droit international public : la compétence d'un tribunal national ne l'emporte jamais sur l'exception d'immunité que peut soulever son titulaire et ainsi paralyser la procédure ouverte à son encontre.

C. Les tribunaux internationaux

Il n'existe actuellement que quelques tribunaux internationaux concernés par l'immunité des chefs d'Etat (1). Il renferment quelques particularités (2) et l'on peut admettre qu'en les acceptant, les Etats renoncent aux immunités (3).

1. Quels tribunaux ?

Les juridictions internationales qui peuvent actuellement poursuivre des individus ne sont pas légion. Les Tribunaux militaires internationaux (TMI) ne sont plus en fonction. Le dernier procès s'est clos le 1^{er} octobre 1946 devant le TMI de Nuremberg et le 12 novembre 1948 à Tokyo pour le TMI pour l'Extrême-Orient. Il y a actuellement les Tribunaux pénaux internationaux pour le Rwanda (TPIR) et pour l'ex-Yougoslavie (TPIY), ainsi que la Cour pénale internationale (CPI).

¹¹⁶ RS 0.191.01.

¹¹⁷ Arrêt YERODIA, § 95.

C'est par une interprétation extensive de la Charte des Nations Unies et plus spécialement du paragraphe VII (action en cas de menace contre la paix, la rupture de la paix et d'acte d'agression) que le Conseil de sécurité de l'ONU a créé les deux Tribunaux pénaux internationaux : le TPIY par la résolution 808 (1993) et le TPIR par la résolution 955 (1994). Ces deux tribunaux jouissent dès lors de la légitimité de l'Organisation des Nations Unies : ils sont obligatoires pour les Etats parties à la Charte de l'ONU.

La compétence du TPIR et du TPIY est limitée *rationae loci* aux territoires du Rwanda,¹¹⁸ respectivement de l'ex-Yougoslavie¹¹⁹ et *rationae temporae* aux faits commis dans la période allant du 1^{er} janvier au 31 décembre 1994,¹²⁰ respectivement à partir du 1^{er} janvier 1991.¹²¹ Les Statuts de ces Tribunaux prévoient expressément que « la qualité officielle d'un accusé, soit comme chef d'Etat 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 ».¹²²

Concernant la Cour pénale internationale, son caractère obligatoire et sa supériorité ne découlent pas directement des compétences du Conseil de sécurité de l'ONU, mais du fait que c'est un traité de droit international public. Le Statut de Rome de la Cour pénale internationale¹²³ a ainsi été adopté à Rome le 17 juillet 1998 par la Conférence diplomatique de plénipotentiaires des Nations Unies sur la création d'une cour criminelle internationale. Une fois ratifié selon la procédure nationale, l'Etat qui a adhéré au Statut reconnaît cette Cour et y est lié. Les Etats acceptent alors que la qualité officielle ou les immunités dont bénéficierait une personne n'empêchent pas la Cour d'exercer sa compétence, conformément à l'art. 27 al. 2 du Statut.

2. La différence entre tribunaux internationaux et nationaux

Revenons quelques instants à la raison d'être de l'immunité. La Cour nous dit qu'elle est justifiée par les fonctions internationales, soit « des considérations pratiques liées à la fonction des chefs d'Etat [...] et les nécessités du dialogue et de la collaboration entre les Etats. »¹²⁴ Mais il y a aussi l'idée d'égalité entre les Etats, qu'un Etat n'a pas à en juger un autre. A distinguer de cette relation que l'on peut qualifier d'« horizontale », la relation qui lie un Etat particulier à la communauté de l'ensemble des Etats (la communauté internationale) peut-elle être qualifiée de « verticale »?

Deux éléments importants dans la question de l'immunité différencient ces deux types ou ordres de relations : l'indépendance de la communauté internationale et la reconnaissance dont bénéficie cette dernière.

¹¹⁸ Art. 7 du Statut du TPIR.

¹¹⁹ Art. 8 du Statut du TPIY.

¹²⁰ Art. 1^{er} et 7 du Statut du TPIR.

¹²¹ Art. 1^{er} et 8 du Statut du TPIY.

¹²² Art. 6 al.2 du TPIR et 7 al. 2 du Statut du TPIY.

¹²³ RS 0.312.1.

¹²⁴ AYAT M, « Immunité des chefs d'Etat en exercice et justice pénale internationale », in *Livre noir – Terrorisme et responsabilité pénale internationale*, Paris 2002, éd. S.O.S. Attentats, p. 224.

La communauté internationale, en plus de jouir d'une certaine supériorité, doit être considérée comme la garante d'une certaine neutralité ou indépendance. De plus, ses intérêts ne sont pas directement en concurrence avec ceux des Etats. *In concreto*, il est beaucoup plus à craindre qu'un Etat use de sa juridiction ou simplement de mesures d'exécution pour défendre des intérêts propres et contraires à ceux de l'Etat victime, que la communauté internationale dans sa globalité. C'est pourquoi « l'existence d'une immunité ne se conçoit guère devant un juge *international* ». ¹²⁵

Les Tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda ont été créés par des résolutions du Conseil de sécurité de l'ONU, ¹²⁶ alors que la Cour pénale est issue d'un traité international. Les deux premiers s'imposent donc aux Etats membres de l'ONU et la dernière aux Etats qui ont choisi de s'y lier, soit les Etats parties au Statut de Rome. Il ne s'agit pas d'un quelconque tribunal, mais bel et bien d'un tribunal que les parties ont reconnu (ou qu'une organisation internationale à qui ils avaient reconnu ce droit leur a imposé).

La Résolution de l'Institut de droit international prévoit expressément que ses dispositions « ne font pas obstacle [...] à celles qui résultent des statuts des tribunaux pénaux internationaux ainsi que de celui, pour les Etats qui y sont parties, de la Cour pénale internationale ». ¹²⁷

Il y a aussi moins à craindre de la part de la communauté internationale un acharnement contre un seul pays. Il est nécessaire d'avoir « un système conventionnel qui tend à éviter le recours aux poursuites pénales exclusivement contre les gouvernants des pays les plus vulnérables tout en épargnant les gouvernants des pays puissants ». ¹²⁸ Pour cette raison aussi une cour permanente internationale serait plus à même de juger de la levée de l'immunité des chefs d'Etat. Il est essentiel d'avoir « des garde-fous sous forme de privilège de juridiction supervisée par la communauté internationale. Une proposition concrète serait de réserver la compétence du jugement des chefs d'Etat à la CPI », ¹²⁹ que ce soit à titre principal ou éventuellement à titre de question préjudicielle uniquement sur la question de la levée de l'immunité, le fond du procès pouvant alors revenir à un tribunal national.

¹²⁵ VERHOEVEN J., « Mandat d'arrêt international et statut de ministre », in *Actualité et droit international*, mai 2002, p. 2, [<http://www.ridi.org/adi>].

¹²⁶ La résolution 808 (1993) pour le TPIY et la résolution 955 (1994) pour le TPIR.

¹²⁷ Art. 11 al. 1 lit b, résolution de la 13^e Commission de l'Institut de droit international concernant « les immunités de juridiction et d'exécution du chef d'Etat et de gouvernement en droit international », à paraître in *Annuaire de l'Institut de droit international, session de Vancouver 2001*, Paris, éd. A. PEDONE, déjà disponible sous [www.idi-iil.org].

¹²⁸ AYAT M., « Immunité des chefs d'Etat en exercice et justice pénale internationale », in *Livre noir – Terrorisme et responsabilité pénale internationale*, Paris 2002, éd. S.O.S. Attentats, p. 238.

¹²⁹ *Idem*.

« L'immunité accordée par le droit international [...] n'a de sens que devant un juge national », ¹³⁰ car c'est ce juge national qui pourrait « ingérer » dans les affaires nationales de l'Etat tiers ou empêcher un pays de mener à bien ses fonctions internationales. Ceci n'étant pas le cas si le tribunal est international, la Cour de justice a retenu qu'un

« ministre des affaires étrangères ou un ancien ministre des affaires étrangères peut faire l'objet de poursuites pénales devant certaines juridictions pénales internationales dès lors que celles-ci sont compétentes ». ¹³¹

Bien entendu, il ne pourrait s'agir de n'importe quel tribunal international. La Cour et la doctrine font ici implicitement référence aux tribunaux pénaux internationaux existants, tous légitimés par une résolution de l'ONU ou un traité de droit international que les Etats concernés ont ratifié. Il est en effet fort douteux que si deux Etats créent ensemble un tribunal qui serait de fait international (ou peut être seulement multinational ?), un tel tribunal ne puisse se prévaloir d'une légitimité et de garanties suffisantes d'indépendance pour juger le ministre ou chef d'Etat d'un Etat tiers.

3. Une renonciation anticipée ?

Christophe TANGERMANN développe une très intéressante proposition à laquelle l'on peut facilement se rallier. Il considère que la reconnaissance du tribunal international par un Etat est une renonciation anticipée à l'immunité que ses hauts dirigeants pourraient invoquer :

« Die Einsetzung eines internationalen Tribunals beruht jedoch typischerweise aus dem Konsens derjenigen Staaten, die sich bzw. ihre Oberhäupter des internationalen Strafgerichtsbarkeit unterwerfen wollen und stellt dann wiederum nichts anderes als eine Form (generellen) Immunitätsverzichts dar. Auch der Beitritt zur UNO lässt sich möglicherweise als antizipierte vertragliche Zustimmung zur Einsetzung internationaler Gerichte. » ¹³²

Dans le même ordre d'idée, Marc HENZELIN propose d'assimiler aux tribunaux internationaux le cas d'un tribunal national qui pour un cas donné serait autorisé par l'ONU. « Le Conseil de sécurité, agissant dans le cadre du Chapitre VII de la Charte, peut enfin autoriser un Etat à poursuivre et juger un ministre étranger, qu'il soit d'ailleurs encore en exercice ou plus en exercice, et lever pour ce faire son immunité. » ¹³³ Ce cas de figure reste plutôt théorique, mais il n'en est pas pour autant inintéressant. Il démontre encore une fois la valeur du soutien et de la légitimité de l'ONU.

¹³⁰ VERHOEVEN J., « Mandat d'arrêt international et statut de ministre », in *Actualité et droit international*, mai 2002, p. 2, [<http://www.ridi.org/adi>].

¹³¹ Arrêt YERODIA, § 61.

¹³² TANGERMANN C., *Die völkerrechtliche Immunität von Staatsoberhäuptern*, Berlin 2002, éd. DUNCKER & HUMBLOT, p. 212.

¹³³ HENZELIN M., « L'immunité pénale des ministres selon la Cour internationale de justice », in *Revue pénale suisse*, Berne 2002, éd. STÄMPFLI Verlag AG, p. 256.

4. Conclusion

Le fait que le chef d'Etat soit encore en exercice n'empêche pas les poursuites par un tribunal international : « il n'y a plus d'immunité pour les chefs d'Etat en exercice s'ils sont poursuivis par une juridiction internationale, cela est acquis. »¹³⁴

De manière générale, il n'y a pas d'immunité devant les tribunaux internationaux, et ce pour plusieurs raisons. D'abord un tribunal international ne représente pas les mêmes risques qu'un tribunal national : un seul pays pourrait user de son ordre juridique pour en influencer un autre ou s'immiscer dans sa gestion, pas l'ensemble de la communauté internationale.

Ensuite et surtout parce que les tribunaux internationaux à même de juger un chef d'Etat sont reconnus par ces derniers (plus exactement par leur pays, qui leur accorde l'immunité reconnue en droit international). En reconnaissant ces tribunaux, ils admettent qu'il ne peut y être invoqué d'immunité.

Finalement, c'est aussi le meilleur moyen de s'assurer que l'immunité ne sera pas synonyme d'impunité, sans pour autant risquer de mettre en péril la bonne marche des relations internationales.

¹³⁴ BOURDON W., « Vers la fin de l'immunité des chefs d'Etat en exercice ? », in *Livre noir – Terrorisme et responsabilité pénale internationale*, Paris 2002, éd. S.O.S. Attentats, p. 350.

VI. Des exceptions pour les crimes « internationaux » ?

La question de savoir s'il existe des exceptions à l'immunité des chefs d'Etat en fonction, ou dit autrement s'il est des cas où l'immunité ne serait pas absolue en raison du chef d'accusation, doit être résolue au vu de ce qui précède. Cette hypothèse ne concerne donc pas les tribunaux internationaux qui sont toujours compétents. Les crimes dits « internationaux » prennent-ils le pas sur l'immunité, lorsque celle-ci est invoquée devant une cour nationale (A) ? Nous verrons ensuite si certains actes, de part leur gravité, résistent à la qualification d'acte de fonction ou s'ils peuvent, en raison de leur contenu, n'être toujours considérés que comme des actes privés (B).

A. Les crimes « internationaux »

Après avoir délimité la notion de crimes « internationaux » (1), nous analyserons ce qui peut justifier et motiver une exception à l'immunité (2), puis la position de la CIJ (3).

1. La notion de crimes « internationaux »

Le terme de crimes « internationaux » est une formulation malheureuse, car un homicide simple où auteur et victime se trouveraient chacun d'un côté de la frontière est un crime international, au sens du droit pénal ; de même le terme de crimes « internationaux » est parfois aussi utilisé dans le cadre de la responsabilité des Etats pour des faits internationalement illicites. Aussi préférons nous parler de crimes contre l'humanité, que l'on dénomme parfois encore crimes de droit international public.

Cette notion repose généralement sur les principes de Nuremberg.¹³⁵ Il s'agit des « crimes les plus graves qui touchent l'ensemble de la communauté internationale »,¹³⁶ crimes commis par des individus et entrant habituellement dans la compétence des tribunaux pénaux internationaux, comme cela est par exemple prévu par le Statut de Rome : le crime de génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre. L'on considère que par leur gravité ces crimes lèsent l'ensemble de la communauté internationale. Certains auteurs proposent d'étendre cette catégorie, en y assimilant par exemple les crimes de terrorisme, ou les autres crimes poursuivis par des conventions internationales (torture, prise d'otages,...).

La Commission du droit international a adopté lors de sa 48^e session en 1996 un « Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité »,¹³⁷ dont l'article 18 définit le crime contre l'humanité :

¹³⁵ Principes de droit international reconnus par le statut de Nuremberg, Genève, 29 juillet 1950, documents officiels de l'Assemblée générale, cinquième session, supplément n° 12, Nations Unies, doc. A/1316 (1950) ; ou *Yearbook of the International Law Commission*, 1950, vol. II.

¹³⁶ Art. 5 al. 1^{er} du Statut de Rome de la Cour pénale internationale du 17 juillet 1998.

¹³⁷ Draft code of crimes against the peace and security of Mankind, in *Yearbook of the International Law Commission*, 1996, vol. II(2) ; ou [www.un.org/law/ilc/texts/dcode.htm].

« A crime against humanity means any of the following acts, when committed in a systematic manner or on a large scale and instigated or directed by a Government or by any organization or group:

- (a) murder;
- (b) extermination;
- (c) torture;
- (d) enslavement;
- (e) persecution on political, racial, religious or ethnic grounds;
- (f) institutionalized discrimination on racial, ethnic or religious grounds involving the violation of fundamental human rights and freedoms and resulting in seriously disadvantaging a part of the population;
- (g) arbitrary deportation or forcible transfer of population;
- (h) arbitrary imprisonment;
- (i) forced disappearance of persons;
- (j) rape, enforced prostitution and other forms of sexual abuse;
- (k) other inhumane acts which severely damage physical or mental integrity, health or human dignity, such as mutilation and severe bodily harm. »

Jean-François FLAUSS propose pour sa part une « exception droits de l'homme »,¹³⁸ qui s'opposerait à la possibilité pour un chef d'Etat d'invoquer l'immunité lorsque des atteintes aux droits de l'homme lui sont reprochées. Cette exception devrait couvrir au minimum « les quatre prohibitions suivantes : la privation arbitraire de la vie, la torture, la détention arbitraire, l'atteinte à l'intégrité de la personne humaine ». ¹³⁹ Cette dernière catégorie peut s'avérer difficile à délimiter, ou alors être particulièrement large. Cela d'autant plus que contrairement au Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité,¹⁴⁰ il n'est apparemment pas demandé ici une intention d'agir de manière systématique contre un groupe précis. Une exception aussi générale ne nous paraît guère souhaitable, car elle serait une source de confusion et d'insécurité juridique.

2. Une exception à l'immunité ?

Plusieurs auteurs érigent en vérité (ou en pétition de principe ?), le fait que selon le droit actuellement en vigueur, les crimes les plus affreux ne doivent pas rester impunis à cause de l'immunité à laquelle pourrait recourir certaines personnes privilégiées. L'idée est noble, mais cela ne permet pas pour autant d'y plier toutes les réalités juridiques. Ainsi, certains affirment qu'« il ne saurait y avoir d'immunité de juridiction en matière pénale pour la catégorie de crimes qualifiée de crimes internationaux ». ¹⁴¹ Pour Ghislaine DOUCET, « le principe

¹³⁸ FLAUSS J.-F., « Droit des immunités et protection internationale des droits de l'homme », in *Revue suisse de droit international et de droit européen*, Zürich 2000, éd. SCHULTHESS, pp. 299 à 324.

¹³⁹ *Idem*, p. 311.

¹⁴⁰ Draft code of crimes against the peace and security of Mankind, in *Yearbook of the International Law Commission*, 1996, vol. II(2); ou [www.un.org/law/ilc/texts/dcode.htm].

¹⁴¹ ASCENSIO H., « L'immunité internationale du chef d'Etat », in *La nouvelle lettre de la FIDH*, N°32 du 14 février 2000, p. 24.

d'immunité des chefs d'Etat et de gouvernement étrangers en exercice souffre quelques nécessaires exceptions pour le rendre compatible avec les autres principes fondamentaux reconnus et exigés par la communauté internationale dans le domaine des droits de l'homme et de la dignité humaine ». ¹⁴²

L'exemple le plus connu est probablement la décision de la Chambre des Lords du 24 mars 1999 dans l'affaire PINOCHET, ¹⁴³ où il avait été retenu que l'immunité ne pouvait être retenue s'agissant de poursuites pénales concernant des crimes de torture. « En effet, c'est le caractère à ce point attentatoire à la dignité humaine et aux valeurs juridiques de la société internationale qui justifie que son instigateur perde toute immunité et ceci malgré sa qualité officielle. » ¹⁴⁴ C'est d'une manière générale ce raisonnement qu'ont suivi les Lords britanniques pour refuser de retenir l'immunité du Général PINOCHET, même si les motivations précises des Lords sont assez variées. ¹⁴⁵ Le juge Espagnol GARZON également « considère que pour les crimes graves les textes internationaux n'accordent pas d'immunité aux chefs d'Etat ». ¹⁴⁶

Le Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité de la Commission du droit international prévoit par exemple à son art. 7 que « the official position of an individual who commits a crime against the peace and security of mankind, even if he acted as head of State or Government, does not relieve him of criminal responsibility or mitigate punishment ». ¹⁴⁷ Cela ne correspond pas à une levée de l'immunité comme certains auteurs ont cru le comprendre. Il ne faut ici pas mélanger responsabilité pénale (qui appartient au droit de fond) et exception de procédure. L'immunité n'est pas une exonération de responsabilité : « l'immunité de juridiction dont bénéficie un ministre des affaires étrangères en exercice ne signifie pas qu'il bénéficie d'une *impunité* ». ¹⁴⁸ Ce n'est qu'un élément procédural visant à déplacer (dans le temps s'il s'agit d'actes pour lesquels le chef d'Etat peut être jugé après la cessation de ses fonctions ou dans l'espace si un autre tribunal est apte à juger ce chef d'Etat maintenant) le moment respectivement le lieu où le chef d'Etat peut être recherché :

¹⁴² DOUCET, G., « La responsabilité pénale des dirigeants en exercice », in *Actualité et droit international*, janvier 2001, p. 10, [<http://www.ridi.org/adi>].

¹⁴³ Pour une chronologie de l'affaire PINOCHET d'un point de vue de droit international public et chilien, voir TANGERMANN C., *Die völkerrechtliche Immunität von Staatsoberhäuptern*, Berlin 2002, éd. DUNCKER & HUMBLOT, pp. 240ss.

¹⁴⁴ MUXART A., « Immunité de l'ex-chef d'Etat et compétence universelle : quelques réflexions à propos de l'affaire Pinochet », in *Actualité et droit international*, décembre 1998, [<http://www.ridi.org/adi>].

¹⁴⁵ Voir à ce sujet VILLALPANDO S., « L'affaire Pinochet: beaucoup de bruit pour rien ? L'apport au droit international de la décision de la Chambre de Lords du 24 mars 1999 », in *Revue générale de droit international public*, tome 104, Paris 2000, éd. A. PEDONE, pp. 411 à 427.

¹⁴⁶ CASSESES A. et DELMAS-MARLY S., *Crimes internationaux et juridictions nationales*, Paris 2002, éd. Presses Universitaires de France, p. 648.

¹⁴⁷ Draft code of crimes against the peace and security of Mankind, in *Yearbook of the International Law Commission*, 1996, vol. II(2); ou [www.un.org/law/ilc/texts/dcode.htm].

¹⁴⁸ Arrêt YERODIA, § 60.

« L'immunité de juridiction peut certes faire obstacle aux poursuites pendant un certain temps ou à l'égard de certaines juridictions; elle ne saurait exonérer la personne qui en bénéficie de toute responsabilité pénale ». ¹⁴⁹

3. Pas d'exception pour la CIJ

La CIJ a étudié l'argument de l'exception en cas de crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité soulevée par la Belgique. Toutefois, ni les décisions rendues dans les affaires PINOCHET et KADHAFI, ni les statuts des tribunaux pénaux internationaux ¹⁵⁰ ou les législations nationales n'ont apporté d'éléments convaincants en ce qui concerne les tribunaux nationaux :

« La Cour [...] n'est pas parvenue à déduire [...] l'existence, en droit international coutumier, d'une exception quelconque à la règle consacrant l'immunité de juridiction pénale et l'inviolabilité des ministres des affaires étrangères en exercice, lorsqu'ils sont soupçonnés d'avoir commis des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité. » ¹⁵¹

« Aucune des décisions des tribunaux militaires internationaux de Nuremberg et de Tokyo, ainsi que du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, que cite la Belgique, ne traite de la question des immunités des ministres des affaires étrangères en exercice devant les juridictions *nationales* lorsqu'ils sont accusés d'avoir commis des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité. » ¹⁵²

Le maintien de l'immunité en cas de poursuites devant un tribunal national pour crime contre l'humanité est un apport important de l'arrêt YERODIA. Cette exception était très discutée, mais maintenant « l'arrêt permet de dire que cette controverse est dépassée et qu'il faut admettre dorénavant que le fait que des crimes 'internationaux' aient été commis ne pose pas d'exception au principe de l'immunité ». ¹⁵³

Pour certains auteurs, cette question était l'élément essentiel de l'arrêt rendu par la CIJ : « si innovation il y a, elle tient seulement au rejet, dénué d'ambiguïté, d'une prétendue exception à l'immunité en cas de crime international. » ¹⁵⁴ Pour beaucoup c'est une grande déception, suite aux espoirs fondés dans l'affaire PINOCHET. Ainsi la juge *ad hoc* VAN DEN WYNGAERT

¹⁴⁹ *Idem.*

¹⁵⁰ En particulier les art. 7 Statut du Tribunal militaire international de Nuremberg, art. 6 Statut du Tribunal militaire international de Tokyo, art. 7 al. 2 Statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, art.6 al. 2 Statut du Tribunal pénal international pour le Rwanda, et art. 27 Statut de la Cour pénale internationale.

¹⁵¹ Arrêt YERODIA § 58.

¹⁵² *Idem*, l'italique est de moi.

¹⁵³ HENZELIN M., « L'immunité pénale des ministres selon la Cour internationale de justice », in *Revue pénale suisse*, Berne 2002, éd. STÄMPFLI Verlag AG, p. 257.

¹⁵⁴ VERHOEVEN J., « Mandat d'arrêt international et statut de ministre », in *Actualité et droit international*, mai 2002, p.2, [<http://www.ridi.org/adi>].

reproche à la Cour de négliger « toute l'évolution récente du droit international pénal moderne qui tend à instituer une obligation individuelle de rendre compte des crimes internationaux les plus graves ». ¹⁵⁵ A l'inverse, le juge *ad hoc* BULA-BULA considère ces arguments comme une stratégie de défense de la Belgique et « qu'il n'a pas été malaisé pour la Cour de relever le caractère non fondé des allégations du défendeur ». ¹⁵⁶

Enfin, la décision de la Cour est un sage rappel de la réalité juridique actuelle. « Nach alledem besteht zurzeit keine völkergewohnheitsrechtliche Regel, die es erlauben würde, fremde Staatsoberhäupter vor nationalen Gerichten in unmittelbarer Berücksichtigung selbst schwerer Menschenrechtsverletzungen, sei es straf- oder zivilrechtlich, zur Verantwortung zu ziehen ». ¹⁵⁷ Si les tribunaux pénaux internationaux ne tiennent pas (et n'ont pas à tenir) compte de l'immunité de hauts dirigeants, ce n'est pas en raison du caractère des actes poursuivis, mais bien plus parce que le tribunal est international. La possibilité de recourir à un tribunal international concourt aussi à ce que l'immunité ne soit pas une impunité de fait. L'immunité restera toujours et seulement un obstacle procédural, mais ne sera jamais une exonération de la responsabilité au fond.

La Cour a ainsi mis fin à une croyance aussi erronée que répandue. L'auteur de crime contre l'humanité peut être poursuivi après ces fonctions par un tribunal national (s'il ne s'agit pas d'actes de fonctions, question que nous étudierons ci-après), voire pendant sa fonction pour tous ses actes (privés et de fonction) par un tribunal international. Ce n'est toutefois nullement parce que l'immunité serait « inefficace » en cas d'accusation de commission de crimes contre l'humanité, mais parce que le tribunal est international que cette poursuite est possible dans ce cas. C'est ce que souligne Christophe TANGERMANN en parlant des principes de Nuremberg : « insbesondere kommt hinzu, dass der Grundsatz der Freiheit von fremder Gerichtsbarkeit keineswegs schlechthin, sondern *allein gegenüber einem internationalen Tribunal* Einschränkungen erfährt ». ¹⁵⁸

B. L'impossibilité de l'acte officiel

Après la présentation de la proposition de certains auteurs de ne pas retenir au nombre des actes officiels les crimes les plus graves (1), nous essayerons de la considérer de manière critique (2).

1. La proposition

Une manière pour certains tribunaux de contourner l'immunité des anciens chefs d'Etat consiste à qualifier d'actes privés les actes pour lesquels ils sont poursuivis (ou une manière

¹⁵⁵ Opinion dissidente de la juge *ad hoc* VAN DEN WYNGAERT, § 27.

¹⁵⁶ Opinion individuelle du juge *ad hoc* BULA-BULA, § 53.

¹⁵⁷ TANGERMANN C., *Die völkerrechtliche Immunität von Staatsoberhäuptern*, Berlin 2002, éd. DUNCKER & HUMBLOT, p. 218.

¹⁵⁸ *Idem*, p. 212

de se défendre pour ces derniers, de prouver qu'il ne s'agit pas d'actes privés mais bien d'actes de fonction) :

« Pour certaines juridictions nationales, les crimes internationaux ne peuvent être considérés comme des actes commis dans l'exercice de fonctions souveraines, ce qui exclut l'immunité au motif que la commission de ces crimes n'entre pas dans les attributions officielles d'un chef d'Etat. »¹⁵⁹

Il a notamment été retenu par la Cour suprême d'Amsterdam¹⁶⁰ à l'encontre de l'ancien chef d'Etat du Surinam que la commission de crimes de torture, crimes de guerre ou crimes contre l'humanité ne pouvaient être considérés comme faisant partie des actes officiels d'un chef d'Etat. Christophe TANGERMANN semble retenir une conclusion semblable des décisions MARCOS devant les tribunaux américains : « zumindest für den Fall einem Staatschef zurechenbarer *besonders schwerwiegender* Menschenrechtsverletzungen will man nun nicht länger anerkennen, dass es sich insoweit um in Ausübung des Amtes, in staatlich-hoheitlicher Funktion vorgenommene Akte handeln könne ». ¹⁶¹

Salvatore ZAPPALA fait mention de « the emergence in customary international law of provisions based on the consciousness that certain acts (international crimes of individuals) cannot be considered as legitimate performance of official functions ». ¹⁶² Egalement dans l'affaire PINOCHET, Lord Nicholls of BIRKENHEAD défendait la même idée : « it hardly needs saying that torture of his own subjects, or of aliens, would not be regarded by international law as a function of head of state ». ¹⁶³ L'on peut néanmoins se demander dans quelle mesure il ne s'agirait pas de questions internes, qui ne seraient pas soumises au droit de regard de la communauté internationale¹⁶⁴ Aussi faut-il mettre en balance, les valeurs essentielles et fondamentales défendues par le *jus cogens* et le respect de l'autonomie nationale dans sa sphère de compétences. Toutefois, «on observe une *tendance à la restriction croissante* de ce domaine [réservé], en particulier dans la matière de la protection internationale des droits de l'homme ». ¹⁶⁵

Si la Résolution de l'Institut de droit international prévoit l'immunité de l'ancien chef d'Etat pour les acte de fonctions, elle précise « qu'il peut [...] être poursuivi et jugé lorsque les actes qui lui sont reprochés sont constitutifs d'un crime de droit international ». ¹⁶⁶ Quant à en

¹⁵⁹ CASSESES A. et DELMAS-MARLY S., *Crimes internationaux et juridictions nationales*, Paris 2002, éd. Presses Universitaires de France, p. 647.

¹⁶⁰ Arrêt de la Cour suprême d'Amsterdam rendu le 20 novembre 2000 dans l'affaire BOUTERSE.

¹⁶¹ TANGERMANN C., *Die völkerrechtliche Immunität von Staatsoberhäuptern*, Berlin 2002, éd. DUNCKER & HUMBLOT, p. 214.

¹⁶² ZAPPALÀ S., « Do Head of State in office enjoy immunity from jurisdiction for international crimes ? The GHADDAFI case before the French Cour de Cassation », in *European Journal of International Law*, N° 12, Oxford 2001, éd. Oxford University Press, p. 601

¹⁶³ Opinion de Lord Nicholls of BIRKENHEAD, décision du 25 novembre 1998.

¹⁶⁴ Le domaine réservé tel que retenu par l'art. 2 ch. 7 de la Charte des Nations Unies prévoit que, hormis les mesures prises en application du chapitre VII, l'ONU ne peut pas intervenir dans les affaires qui relèvent essentiellement de la compétence nationale d'un Etat.

¹⁶⁵ DUPUY P.-M., *Droit international public*, Paris 1998, éd. DALLOZ, p. 62.

¹⁶⁶ Art. 13 al. 2, résolution de la 13^e Commission de l'Institut de droit international concernant « les immunités de juridiction et d'exécution du chef d'Etat et de gouvernement en droit international », à paraître in *Annuaire de l'Institut de droit international, session de Vancouver 2001*, Paris, éd. A. PEDONE, déjà disponible sous [www.idi-iil.org].

déduire que pour l'Institut de droit international un crime de droit international ne peut faire partie des actes de fonctions, nous restons sceptiques. C'est probablement tout le contraire qui a motivé cette formulation pour permettre la poursuite d'actes qui peuvent être, selon les cas, privés ou de fonction.

2. Une appréciation critique

Il faut néanmoins rester prudent, même si la tentation pour les juridictions nationales est grande de céder à cette interprétation depuis que la CIJ a clairement affirmé le maintien de l'immunité devant les tribunaux nationaux, même pour les crimes les plus graves. Il n'y a pas de ligne claire entre ce qui appartient et ce qui n'appartient pas aux actes de fonction. Nous l'avons vu ci-avant, la distinction n'est pas aisée, les méthodes pour y arriver varient selon les pays entre le but visé par l'acte en question ou la nature de l'acte lui-même.

De plus la question n'est pas résolue de savoir s'il faut se référer au droit international ou national pour savoir ce qui appartient à la fonction et ce qui l'outrepasse et devient un acte privé : faut-il considérer dans ce cas que certains crimes par définition du droit international ne peuvent pas être commis dans le cadre des fonctions d'un chef d'Etat, ou à l'inverse faut-il regarder ce que le droit national du chef d'Etat lui permet de faire ?

Le choix du droit devant définir l'étendue des fonctions soulève aussi la question suivante: est-ce que et surtout comment la communauté internationale peut-elle juger de la validité du processus interne d'élection et de la légitimité des actes d'un gouvernement ? C'est un sujet sensible, car il faut tenir compte de notions (parfois divergentes) comme la non-ingérence dans les affaires internes, le respect du *jus cogens*, le droit des peuples à choisir librement leur système politique. Probablement n'existe-t-il pas de réponse toute faite, mais bien plus faut-il se référer au droit national tout en respectant les exigences internationales imposées par le *jus cogens*.

Retenir d'office l'impossibilité de l'acte de fonction sur la base du droit international se rapproche beaucoup de la prétendue absence d'immunité dans le cas de la commission de ces crimes, clairement démentie par la CIJ. En revanche, se référer à l'ordre juridique interne du chef d'Etat (y compris le droit international applicable) nous paraît plus conforme. « The functions of the head of state [...] var[ies] from state to state according to the acts which he is expected or required to perform under the constitution of the state. »¹⁶⁷

La division de droit international public, dans une note interne du département fédéral des affaires étrangères suisse, relevait « que la distinction classique entre *acta jure imperii* et *acta jure gestionis* vaut [...] également en cas d'action civile en réparation d'un préjudice résultant d'une violation grave de droits de l'homme ».¹⁶⁸ Aussi, « le TF pourrait reconnaître [...]

¹⁶⁷ Opinion individuelle de Lord Hope of CRAIGHEAD dans la deuxième décision R. v. Bartle, ex parte Pinochet, House of Lords, 24 mars 1999, ILM, 38 (1999), 622.

¹⁶⁸ Note de la Division de droit international public à la Division politique II (Service des intérêts étrangers) du Département fédéral des affaires étrangères suisse du 22 avril 1998, publiée in *Revue suisse de droit international et de droit européen*, Zürich 1999, éd. SCHULTHESS, p. 687.

qu'un acte de torture étatique, commis par exemple par les forces de police d'un Etat étranger, est une activité *jure imperii* ». ¹⁶⁹

Dans l'affaire du mandat d'arrêt du 11 avril 2000, la Cour n'a pas eu à se prononcer sur cette question. Le seul argument qui puisse être retenu de cette décision serait que « les exemples, donnés par la Cour, d'actes typiques d'un ministre des affaires étrangères [...] laisse supposer que l'interprétation des fonctions d'un ancien ministre qui tombent sous le coup de l'immunité, pourrait être relativement *restrictive*, et admise uniquement pour les cas où il a agi *dans le cadre des relations étrangères du pays*, par opposition à celui où il a agi dans un cadre interne ». ¹⁷⁰ Aussi la commission de crimes contre l'humanité contre des ressortissants de son propre pays serait « une affaire interne », qui n'entrerait pas dans les fonctions telles que conçues par la CIJ lorsqu'elle reconnaît la nécessité d'une immunité du ministre des affaires étrangères.

Néanmoins si l'on fait abstraction quelques instants de la volonté de vouloir absolument juger ces dirigeants, l'on se rend compte que refuser d'emblée qu'un crime contre l'humanité puisse être un acte de fonction revient à ériger une exception à l'immunité, sans réel fondement juridique. Selon nous, il n'y a pas actuellement dans le droit positif de base pour retenir une impossibilité systématique de la commission de crimes contre l'humanité dans le cadre des actes de fonctions. En effet, les précédents allant dans ce sens sont, selon nous, de la même veine que ceux qui renaient une exception à l'immunité devant les cours nationales en cas de crime contre l'humanité. En rejetant clairement cette dernière, la CIJ a probablement également rejeté l'impossibilité de l'acte officiel.

Il vaudrait probablement mieux revenir à la classique distinction entre actes de fonctions et actes privés, en recourant au besoin à l'étendue des compétences octroyées par le droit national, et ainsi juger *in concreto* selon les circonstances du cas d'espèce. Ceci est également justifié par le fait que si l'Etat « couvre » ses hauts représentants, par exemple par une législation nationale autorisant la commission de crimes contre l'humanité, il va engager sa propre responsabilité.

Il est dès lors intéressant de mentionner ici brièvement le Projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite de la Commission du droit international. ¹⁷¹ Selon l'art. 1^{er}, tout fait internationalement illicite de l'Etat engage sa responsabilité internationale. Les art. 4ss prévoient que le comportement de tout organe de l'Etat ou de personne habilitée à exercer des prérogatives de puissance publique est considéré comme un fait de l'Etat. Cela est imputable à l'Etat même si la personne outrepassa sa compétence ou contrevient à ses instructions (art. 7). Ainsi que le chef d'Etat agisse *ultra vires* ou dans le cadre de ses prérogatives, l'Etat sera tenu pour responsable.

¹⁶⁹ *Idem*.

¹⁷⁰ HENZELIN M., « L'immunité pénale des chefs d'Etat en matière financière. Vers une exception pour les actes de pillage de ressources et de corruption ? », in *Revue suisse de droit international et de droit européen*, Zürich 2002, éd. SCHULTHESS, p. 259.

¹⁷¹ Le projet d'articles a été adopté par la Commission du droit international lors de sa 53^e session (2001) et est publié in *Official Records of the General Assembly*, Fifty-sixth session, Supplement No. 10 (A/56/10), chp.IV.E.1 ou [http://www.un.org/law/ilc/texts/State_responsibility/responsibilityfra.htm].

Aussi serions-nous plus favorables à ne pas retenir une exception aussi catégorique et généralisée. Eventuellement une présomption d'acte n'appartenant pas à la fonction serait envisageable, pour des raisons pratiques de procédure. Et comme il n'y a pas d'immunité devant les cours internationales, cette question n'a pas lieu d'être devant ces dernières qui pourront ainsi toujours juger les hauts représentants des Etats accusés de crime contre l'humanité.

C. Conclusion

Les crimes commis par un chef d'Etat, quelle qu'en soit la gravité, ne modifient pas le régime de l'immunité dont il bénéficie. Cela ne veut pour autant pas dire qu'il bénéficie d'un blanc-seing. Simplement, le fait qu'un tribunal soit compétent, même d'après une convention internationale, ne permet pas de faire abstraction des immunités reconnues en droit international public. Seuls les tribunaux internationaux dans tous les cas et si le chef d'Etat n'est plus en fonction pour les d'actes ne ressortissant pas à la fonction les tribunaux nationaux seront à même de juger ces personnes.

L'avènement de la CPI devrait ainsi permettre de punir les anciens dirigeants tout en respectant le droit international actuel régissant les immunités.

VII. Conclusion et propositions personnelles

La Cour a rappelé qu'il est essentiel de respecter la coutume internationale actuellement reconnue et que, même si cela peut paraître moralement souhaitable, les tribunaux nationaux ne peuvent pas juger n'importe quel chef d'Etat, n'importe comment :

« Comme si la construction de la Cour pénale internationale, en ouvrant des fenêtres sur la répression des auteurs de crimes les plus graves aux droits de l'homme, permettait aux Etats et leurs institutions traditionnelles, dont la Cour internationale de Justice, de revenir au mandat premier du droit international, qui est d'assurer la sécurité des relations internationales ».¹⁷²

Aussi l'immunité doit-elle (encore) être respectée au XXI^e siècle, car elle est la garante du bon fonctionnement des Etats et de la communauté internationale dans son ensemble.

Compte tenu des développements effectués ci-avant, nous retiendrons les cinq propositions suivantes :

1. A défaut de Convention internationale sur les immunités des chefs d'Etat, l'on appliquera par analogie la convention de Vienne sur les immunités diplomatiques, réputée refléter la coutume internationale en la matière. L'immunité reconnue au ministre des affaires étrangères dans l'arrêt YERODIA vaut aussi pour les autres hauts représentants de l'Etat (chef d'Etat et de gouvernement, ministre, président de gouvernement et de parlement), à tout le moins s'ils remplissent des fonctions internationales.
2. L'immunité des chefs d'Etat est une immunité fonctionnelle qui doit garantir la défense des intérêts de l'Etat à l'étranger, ainsi que le bon accomplissement des fonctions internationales et des relations entre Etats. Elle ne saurait être un privilège personnel protégeant des individus. C'est pourquoi elle est absolue et ne doit souffrir aucune exception durant les fonctions, mais dès la cessation de ces dernières, elle se limitera aux actes de fonctions.
3. A l'instar de l'immunité diplomatique, une déclaration de *persona non grata* est possible pour les chefs d'Etats. Il faudra toutefois respecter le droit international en vigueur (des accords de siège conclus avec des organisations internationales par exemple) et le principe de la bonne foi (ne pas inviter un dirigeant et le déclarer *persona non grata*, lui laisser suffisamment de temps pour quitter le pays ou l'éviter,...).
4. L'immunité garantie par le droit international public n'est invocable que devant les tribunaux nationaux étrangers. Il n'y a pas d'immunité devant les tribunaux internationaux, singulièrement devant la Cour pénale internationale. En acceptant ces

¹⁷² HENZELIN M., « L'immunité pénale des ministres selon la Cour internationale de justice », in *Revue pénale suisse*, Berne 2002, éd. STÄMPFLI Verlag AG, p. 250.

tribunaux, les Etats ont renoncé à y invoquer une immunité de leurs dirigeants. Il en va de même pour les tribunaux créés sur la base d'une résolution du Conseil de sécurité de l'ONU (TPIY et TPIR).

5. La commission de crime contre l'humanité peut parfois être considérée comme un acte de fonction. Il n'existe pas (actuellement) d'exception empêchant que de tels agissements soient considérés comme actes de fonction devant un tribunal national. Il faudra dès lors juger chaque cas selon les circonstances d'espèce.

VIII. Bibliographie

ASCENSIO H., « L'immunité internationale du chef d'Etat », in *La nouvelle lettre de la FIDH*, N°32 du 14 février 2000, pp. 24s.

AYAT M., « Immunité des chefs d'Etat en exercice et justice pénale internationale », in *Livre noir – Terrorisme et responsabilité pénale internationale*, Paris 2002, éd. S.O.S. Attentats, pp. 215 à 238.

BAZELAIRE J-P et CRÉTIN T., *La justice pénale internationale*, Paris 2000, éd. Presses Universitaires de France.

BOURDON W., « Vers la fin de l'immunité des chefs d'Etat en exercice ? », in *Livre noir – Terrorisme et responsabilité pénale internationale*, Paris 2002, éd. S.O.S. Attentats, pp. 347 à 355.

BROWNLIE I., *Principles of Public International Law*, Oxford 1998, éd. Oxford University Press.

CAFLISCH L., « La pratique suisse en matière de droit international public 2000 », in *Revue suisse de droit international et de droit européen*, Zürich 2001, éd. SCHULTHESS, pp. 573 à 678.

CASSESES A. et DELMAS-MARLY S., *Crimes internationaux et juridictions nationales*, Paris 2002, éd. Presses Universitaires de France, pp. 637 à 652.

CORTEN O./WEYEMBERGH A., « Que penser de l'arrêt de la Cour de cassation française dans l'affaire KHADAFI après l'arrêt YERODIA rendu par la Cour internationale de justice ? », *Journal des tribunaux (Bruxelles)*, 1^{er} juin 2002, N°6057, pp. 430-434.

COSNARD M., « Quelques observations sur les décisions de la chambre des Lords du 25 novembre 1998 et du 24 mars 1999 dans l'affaire PINOCHET », in *Revue générale de droit international public*, tome 103, Paris 1999, éd. A. PEDONE, pp. 309 à 328.

CRÉTIN T., « Immunité, impunité: rien qu'une consonne de différence ? L'immunité des chefs d'Etat entre coutume et évolutions », in *Livre noir – Terrorisme et responsabilité pénale internationale*, Paris 2002, éd. S.O.S. Attentats, pp. 281 à 290.

DAVID E., « La question de l'immunité des chefs d'Etat étrangers à la lumière de l'arrêt de la Cour de cassation française du 13 mars 2001 », in *Livre noir – Terrorisme et responsabilité pénale internationale*, Paris 2002, éd. S.O.S. Attentats, pp. 185 à 192.

DECAUX E., in ASCENSION H., DECAUX E., PELLET A., *Droit international pénal*, Paris 2000, éd. A. PEDONE, pp. 183 à 199.

DING NGUYEN Q., DAILLER P., PELLET A., *Droit international public*, Paris 1994, éd. L.G.D.J.

DOMINICÉ C., « Quelques observations sur l'immunité de juridiction pénale de l'ancien Chef d'Etat », in *Revue générale de droit international public*, tome 103, Paris 1999, éd. A. PEDONE, pp. 296 à 308.

DOUCET, G., « La responsabilité pénale des dirigeants en exercice », in *Actualité et droit international*, janvier 2001, [<http://www.ridi.org/adi>].

DUPUY P.-M., *Droit international public*, Paris 1998, éd DALLOZ.

FLAUSS J.-F., « Droit des immunités et protection internationale des droits de l'homme », in *Revue suisse de droit international et de droit européen*, Zürich 2000, éd. SCHULTHESS, pp. 299 à 324.

GOZZI M.-H., « A propos de la responsabilité des gouvernants l'arrêt Kadhafi : la négation du droit pénal international », in *Livre noir – Terrorisme et responsabilité pénale internationale*, Paris 2002, éd. S.O.S. Attentats, pp. 177 à 182.

HAZAN P., *La justice face à la guerre, de Nuremberg à La Haye*, Paris 2000, éd. Stock.

HENKIN L., *International Law: Politics, Values and Functions*, Dordrecht/Boston/London 1995, éd. MARTINUS NIJHOF Publishers.

HENZELIN M., « L'immunité pénale des chefs d'Etat en matière financière. Vers une exception pour les actes de pillage de ressources et de corruption ? », in *Revue suisse de droit international et de droit européen*, Zürich 2002, éd. SCHULTHESS, pp. 179 à 212.

HENZELIN M., « L'immunité pénale des ministres selon la Cour internationale de justice », in *Revue pénale suisse*, Berne 2002, éd. STÄMPFLI Verlag AG, pp. 249 à 264.

HERDEGEN M., *Völkerrecht*, München 2000, éd. C.H. BECK.

HOKEMA G., *Immunität von Staatsoberhäuptern*, Frankfurt am Rhein 2002, éd. Peter LANG.

KÄLIN W., EPINEY A., *Völkerrecht, eine Einführung*, Bern 2003, éd. STÄMPFLI Verlag AG.

MUXART A., « Immunité de l'ex-chef d'Etat et compétence universelle : quelques réflexions à propos de l'affaire PINOCHET », in *Actualité et droit international*, décembre 1998, [<http://www.ridi.org/adi>].

PELLET A., « La responsabilité de dirigeants pour crime internationale de l'Etat. Quelques remarques sommaires au point de vue du droit international », in *Livre noir – Terrorisme et responsabilité pénale internationale*, Paris 2002, éd. S.O.S. Attentats, pp. 195 à 208.

POIRAT F., « Immunité de juridiction pénale du chef d'Etat étranger en exercice et règle coutumière devant le juge judiciaire », in *Revue générale de droit international public*, tome 105, Paris 2001, éd. A. PEDONE, pp. 473 à 491.

QUENEUDEC, J.-P., « Un arrêt de principe : l'arrêt de la C.I.J. du 14 février 2002 », in *Actualité et droit international*, mai 2002, [<http://www.ridi.org/adi>].

RENAUDIE V., « Quelques réflexions suite à la lecture de l'arrêt de la CIJ du 14 février 2002 », in *Revue de l'actualité juridique française*, 2 mars 2002, [www.rajf.org/article.php3?id_article=508].

RUBIO F., « Chef de l'Etat, immunités et privilèges judiciaires: la peau de chagrin. Un chef d'Etat bénéficie-t-il d'un statut particulier devant la justice ? », in *Livre noir – Terrorisme et responsabilité pénale internationale*, Paris 2002, éd. S.O.S. Attentats, pp. 293 à 306.

SALMON J., *Manuel de droit diplomatique*, Bruxelles 1994, éd. BRUYLANT.

SANDOZ Y., « Terrorisme et responsabilité pénale internationale », in *Livre noir – Terrorisme et responsabilité pénale internationale*, Paris 2002, éd. S.O.S. Attentats, pp. 357 à 369.

TANGERMANN C., *Die völkerrechtliche Immunität von Staatsoberhäuptern*, Berlin 2002, éd. DUNCKER & HUMBLOT.

VANDERMEERSCH D., « Quelques réflexions à propos de la responsabilité pénale des dirigeants en exercice en matière de crime de droit international. La situation en Belgique », in *Livre noir – Terrorisme et responsabilité pénale internationale*, Paris 2002, éd. S.O.S. Attentats, pp. 327 à 346.

VERDIRAME G., « Immunity vs. Impunity ? The House of Lords and the Pinochet Case », in *L'Astrée N°8*, septembre 1999, [www.ifrance.com/astree].

VERHOEVEN J., « Mandat d'arrêt international et statut de ministre », in *Actualité et droit international*, mai 2002, [<http://www.ridi.org/adi>].

VERHOEVEN J., *Droit international public*, Bruxelles 2000, éd. LARCIER, pp. 122 à 124.

ZAPPALÀ S., « Do Head of State in office enjoy immunity from jurisdiction for international crimes ? The Ghaddafi case before the French Cour de Cassation », in *European Journal of International Law*, N° 12, Oxford 2001, éd. Oxford University Press, pp. 595 à 612.

Les ouvrages suivants n'ont malheureusement pas pu être consultés, car ils n'étaient pas encore disponibles à la clôture de la rédaction du présent mémoire. Toutefois, par souci d'être aussi exhaustif que possible, nous les mentionnons car ils pourraient intéresser le lecteur.

KAMTO M., « Une troublante immunité totale du ministre des affaires étrangères (sur un aspect de l'arrêt du 14 février 2002 dans l'affaire relative au Mandat d'arrêt du 11 avril 2000) », in *Revue belge de droit international 2002*, Bruxelles, éd. BRUYLANT.

MALCOLM N., « The Yerodia Case: remedies and judicial fonction », in *Revue belge de droit international 2002*, Bruxelles, éd. BRUYLANT.

SALMON J., « Libres propos sur l'arrêt de la C.I.J. du 14 février 2002 dans l'affaire relative au mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (R.D.C. c. Belgique) », in *Revue belge de droit international 2002*, Bruxelles, éd. BRUYLANT.

SALMON J., « Statut des chefs d'État étrangers : observations sur le rapport de la Commission de l'Institut de droit international », in *Annuaire de l'Institut de droit international, session de Vancouver 2001*, Paris, éd. A. PEDONE.

TIGROUDJA H., « L'immunité juridictionnelle du ministres des affaires étrangères en exercice: l'arrêt de la CIJ du 14 février 2002 dans l'affaire du Mandat d'arrêt international », in *L'Astrée N°19*, [www.ifrance.com/astree].

VERHOEVEN J., « L'immunité de juridiction et d'exécution des chefs d'Etats et anciens chefs d'Etats, Rapport à la 13^e Commission de l'Institut de droit international », in *Annuaire de l'Institut de droit international, session de Vancouver 2001*, Paris, éd. A. PEDONE.

VERHOEVEN J., « Quelques réflexions sur l'affaire relative au Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 », in *Revue belge de droit international 2002*, Bruxelles, éd. BRUYLANT.

© Sylvain MÉTILLE, 2003
Sylvain.metille@romandie.com