Document generated on 04/17/2024 1:15 a.m.

McGill Law Journal
Revue de droit de McGill

L'immunité de l'acte de fonction et la responsabilité pénale pour crimes internationaux des gouvernants en exercice

Alain-Guy Tachou-Sipowo

Volume 56, Number 3, April 2011

URI: https://id.erudit.org/iderudit/1005134ar
DOI: https://doi.org/10.7202/1005134ar

See table of contents

Publisher(s)

McGill Law Journal / Revue de droit de McGill

ISSN

0024-9041 (print)
1920-6356 (digital)

Explore this journal

Cite this article

Tachou-Sipowo, A.-G. (2011). L'immunité de l'acte de fonction et la responsabilité pénale pour crimes internationaux des gouvernants en exercice. *McGill Law Journal / Revue de droit de McGill*, *56*(3), 629–672. https://doi.org/10.7202/1005134ar

Article abstract

With the creation of the United Nations' international criminal tribunals and the coming into force of the Treaty of Rome on 1 July 2002, which instituted the International Criminal Court, it has become difficult to understand the penal status of high ranking government officials under international law. The imperative nature of the norms that underlie the repression of *jus cogens* crimes tends to erase, in the eyes of human rights defenders, the distinction between the liability of officials while in office and that of former leaders. And yet, international law has remained Westphalian when it comes to this issue. The author demonstrates that these officials remain immune before foreign courts. The author also argues that international criminal law has made a limited contribution to changing the paradigm when it comes to the nature of crimes for which proceedings are instituted as well as the competence of international tribunals, before whom official capacity is an inadmissible defence.

Copyright © Alain-Guy Tachou-Sipowo, 2011

This document is protected by copyright law. Use of the services of Érudit (including reproduction) is subject to its terms and conditions, which can be viewed online.

https://apropos.erudit.org/en/users/policy-on-use/

érudit

This article is disseminated and preserved by Érudit.

Érudit is a non-profit inter-university consortium of the Université de Montréal, Université Laval, and the Université du Québec à Montréal. Its mission is to promote and disseminate research.

https://www.erudit.org/en/

McGill Law Journal ~ Revue de droit de McGill

L'IMMUNITÉ DE L'ACTE DE FONCTION ET LA RESPONSABILITÉ PÉNALE POUR CRIMES INTERNATIONAUX DES GOUVERNANTS EN EXERCICE

*Alain-Guy Tachou-Sipowo**

Avec la création des tribunaux pénaux internationaux des Nations Unies et l'entrée en vigueur le 1er juillet 2002 du *Traité de Rome* instituant la Cour pénale internationale, le statut pénal des hauts fonctionnaires des États en droit international est devenu difficile à saisir. Le caractère impératif des normes qui fondent la répression des crimes de *jus cogens* tend à effacer, dans l'imagerie des défenseurs des droits de la personne, la distinction entre la responsabilité des gouvernants en exercice et celle des anciens dirigeants. Or le droit international est demeuré westphalien sur la question. L'auteur démontre que pour cette catégorie de personnes, une immunité devant les tribunaux étrangers subsiste. Il soutient aussi que la contribution de la justice pénale internationale au changement de paradigme est limitée du point de vue de la nature des crimes poursuivis et de la compétence des tribunaux internationaux devant lesquels la qualité officielle n'est pas admissible comme moyen de défense.

With the creation of the United Nations' international criminal tribunals and the coming into force of the Treaty of Rome on 1 July 2002, which instituted the International Criminal Court, it has become difficult to understand the penal status of high ranking government officials under international law. The imperative nature of the norms that underlie the repression of *jus cogens* crimes tends to erase, in the eyes of human rights defenders, the distinction between the liability of officials while in office and that of former leaders. And yet, international law has remained Westphalian when it comes to this issue. The author demonstrates that these officials remain immune before foreign courts. The author also argues that international criminal law has made a limited contribution to changing the paradigm when it comes to the nature of crimes for which proceedings are instituted as well as the competence of international tribunals, before whom official capacity is an inadmissible defence.

---

* Doctorant et chargé de cours en droit international public général à la faculté de droit de l'Université Laval et récipiendaire, en 2009 et en 2010, de la bourse de recherche John Peters Humphrey en droit international des droits de l'homme et en organisations internationales du Conseil Canadien de droit international. Cet article est une version remaniée du Mémoire du Diplôme d'Université de Troisième cycle en Droits fondamentaux (DUDF) soumis à l'Université de Nantes en 2008 sur le thème « L'acte de fonction et la détermination de la responsabilité pénale des personnes internationalement protégées ». Une communication sur le même sujet a été prononcée par l'auteur en octobre 2008 à l'Université Laval dans le cadre des rencontres de deuxième et troisième cycles ainsi qu'à l'occasion de la cinquième Conférence annuelle de l'Association des juristes canadiens pour le respect des droits de la personne dans le monde à l'Université d'Ottawa, le 13 février 2009. L'auteur tient à remercier l'Agence Universitaire de la Francophonie, le collège pédagogique interuniversitaire du DUDF et en particulier M Aktypis Spyridon, Docteur en droit de l'Université de Paris II Panthéon-Assas, pour l'encadrement et les commentaires constructifs qui ont mené à la rédaction de cet article.

© Alain-Guy Tachou-Sipowo 2011

Citation: (2011) 56:3 McGill LJ 629 ~ Référence : (2011) 56 : 3 RD McGill 629

Introduction 631

I. L'immunité devant les tribunaux pénaux étrangers 635
A. Un fondement dans les immunités de l'État 635
1. Une immunité limitée à certains égards 636
2. Une immunité absolue en matière criminelle 642
B. Une mise en œuvre controversée : la notion polémique d'acte de fonction 645
1. La détermination de l'acte de fonction 645
2. Les conséquences pénales de la distinction 648

II. La responsabilité devant les tribunaux pénaux internationaux 654
A. L'émergence du principe 654
1. Les fondements du principe 654
2. La consécration juridique 657
B. Une mise en œuvre mitigée 663
1. Une limitation à certains crimes 664
2. Une limitation à certaines juridictions pénales internationales 666

Conclusion 669

Introduction

La violation, toujours plus massive et systématique, des droits de la personne au cours des dernières décennies a justifié l'adoption, par la communauté internationale, d'engagements plus fermes, dont celui de ne plus laisser leurs auteurs impunis. Il s'est développé un mouvement autour de l'idée qu'en raison de la responsabilité de la plupart des gouvernants dans ces atrocités, l'invocation de leur qualité officielle, qui leur garantit une immunité de juridiction pénale, n'est pas recevable devant une cour de justice comme moyen de défense.

Animé par la société civile, ce mouvement appelle les États à mettre en œuvre la compétence universelle prévue dans certaines conventions internationales[1], dont celles de Genève du 12 août 1949[2] et de New York de 1984 sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants[3]. Or il apparaît que les immunités auxquelles peuvent prétendre les gouvernants sont des empêchements à la mise en œuvre de ladite compétence lorsque ces personnes sont encore dans l'exercice de leurs fonctions[4]. La création au début des années 1990 des Tribunaux pénaux internationaux ad hoc pour l'ex-Yougoslavie (TPIY)[5] et pour le Rwanda (TPIR)[6] a contribué à renforcer dans l'opinion l'idée d'une évanescence des immunités face à l'émergence de normes de protection de la personne. Les dispositions de ces statuts, reprenant les principes hérités des procès de Nuremberg et de Tokyo[7], stipulent que « [l]a qualité

---

1 Voir Joe Verhoeven, « Quelques réflexions sur l'affaire relative au *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* » (2002) 35 : 1-2 Rev BDI 531 à la p 535 [Verhoeven, « Réflexions »].

2 *Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les Forces armées en campagne*, 12 août 1949, 75 RTNU 31, RT Can 1965 nº 20 à l'art 49(2) (entrée en vigueur : 21 octobre 1950) ; *Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des Forces armées sur mer*, 12 août 1949, 75 RTNU 85, RT Can 1965 nº 20 à l'art 50(2) (entrée en vigueur : 21 octobre 1950) ; *Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre*, 12 août 1949, 75 RTNU 135 (entrée en vigueur : 21 octobre 1950) ; *Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre*, 12 août 1949, 75 RTNU 31, art 146, RT Can 1965 n° 20 (entrée en vigueur : 21 octobre 1950).

3 *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, 10 décembre 1984, 1465 RTNU 85, art 5(2), 7(1), RT Can 1987 n° 36 (entrée en vigueur : 26 juin 1987) [*Convention contre la torture*].

4 Voir Kaitlin R O'Donnell, « *Certain Criminal Proceedings in France (Republic of Congo v France)* and Head of State Immunity: How Impenetrable Should the Immunity Veil Remain ? » (2008) 26 : 2 BU Int'l LJ 375 à la p 376.

5 Rés CS 808 (1993), Doc off CS NU, 1993, 3175e séance, Doc NU S/RES/808.

6 Rés CS 955 (1994), Doc off CS NU, 1994, 3453e séance, Doc NU S/RES/955.

7 *Principes du droit international consacrés par le statut du tribunal de Nuremberg et dans le jugement de ce tribunal, 1950*, Principe III : « Le fait que l'auteur d'un acte qui

officielle d'un accusé, soit comme chef d'État ou de gouvernement, soit comme haut fonctionnaire, ne l'exonère pas de sa responsabilité pénale et n'est pas un motif de diminution de la peine »[8].

La coexistence des immunités de juridiction pénale des gouvernants en exercice avec la lutte contre l'impunité des crimes graves a pendant longtemps été tumultueuse en droit international avant l'arrêt de principe[9] de la Cour internationale de Justice (CIJ) relatif à un mandat d'arrêt international lancé par la Belgique contre un ministre des affaires étrangères en exercice – à l'époque – de la République démocratique du Congo (RDC). Ce dernier était accusé d'avoir été auteur ou coauteur d'actes constitutifs d'infractions graves aux conventions de Genève de 1949 et à leurs protocoles additionnels ainsi que de crimes contre l'humanité[10].

Le Statut de la Cour pénale internationale (CPI)[11], adopté à Rome en 1998 et entré en vigueur en 2002, n'a pas apporté plus de lumière sur la question[12]. En effet, alors que son article 27 consolide l'irrecevabilité de

---

constitue un crime de droit international a agi en qualité de chef d'État ou de gouvernant ne dégage pas sa responsabilité en droit international ».

8 *Statut du Tribunal international pour le Rwanda*, Rés CS 955 (1994), Doc off CS NU, 1994, 3453e séance, annexe, Doc NU S/RES/955, art 6(2) [*Statut du TPIR*] ; *Statut actualisé du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie*, Doc off Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie NU, septembre 2009, art 7(2), en ligne : TPIY <http://www.icty.org/sid/135> [*Statut du TPIY*].

9 Voir Jean-Pierre Quéneudec, « Un arrêt de principe : l'arrêt de la CIJ du 14 février 2002 », en ligne : Actualité et Droit international <http://www.ridi.org/adi>. Verhoeven parle d'un arrêt « très clair » et « didactique » : Joe Verhoeven, « Mandat d'arrêt international et statut de ministre » (mai 2002), en ligne : Actualité et Droit international aux para 1, 5 <http://www.ridi.org/adi> ; Maurice Kamto, « 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*) » (2002) 35 : 1-2 Rev BDI 518 à la p 522 [Kamto, « Troublante »] :

> Si l'arrêt du 14 février 2002 peut être considéré comme un arrêt de principe, c'est bien parce que la Cour prend position sur la question qui lui était soumise, non point en disant le droit, mais en établissant une règle qui n'existait pas encore de façon évidente et incontestable, au nom du souci du bon fonctionnement des relations entre les États.

10 *Affaire relative au Mandat d'arrêt du 1l avril 2000 (République démocratique du Congo c Belgique)*, [2002] CIJ rec 3 au para 13 [*Mandat d'arrêt*].

11 *Statut de Rome de la Cour pénale internationale*, 17 juillet 1998, 2187 RTNU 3, 37 ILM 1002 (entrée en vigueur : 1er juillet 2002) [*Statut de Rome*].

12 Quatre situations de violations massives de droits de l'homme ont jusqu'ici été renvoyées à la CPI, la République Démocratique du Congo (RDC), la République Centrafricaine (RCA), l'Ouganda et le Soudan à la suite de la résolution 1593 (2005) du Conseil de sécurité (Rés CS 1593 (2005), Doc off CS NU, 2005, 5158e séance, Doc NU S/RES/1593). Sont encore au stade de l'examen préliminaire les situations de la Côte

l'invocation de la qualité officielle en cas d'inculpation pour crimes internationaux[13], l'article 98 du même texte admet qu'est justifié le refus d'un État de faire suite à une demande de coopération de la CPI impliquant la remise d'une personne bénéficiant des privilèges et immunités[14].

De ces deux situations, il en ressort une certaine confusion, parfois un imbroglio quant à l'état actuel du droit international relatif à la responsabilité pénale des gouvernants en exercice pour des faits constitutifs de crimes internationaux. Alors que la renaissance de la justice pénale internationale tend à assimiler l'aspiration pour la fin de l'impunité des crimes de masse à celle de l'immunité de juridiction pénale

---

d'Ivoire, de la Colombie, du Kenya et de la guerre de décembre 2008-janvier 2009 entre Israël et la Palestine dans la bande de Gaza. Le Procureur a décidé qu'il n'y avait pas lieu d'ouvrir d'enquête dans le cas de l'Irak et du Venezuela en 2006. Il a obtenu la délivrance de mandats d'arrêts ou de citation à comparaître dans huit affaires concernant quatorze présumés criminels. On compte parmi eux un président en exercice, un ancien vice-président et sénateur en exercice au moment de son inculpation, un membre de gouvernement en exercice et onze chefs militaires.

13 *Statut de Rome*, *supra* note 11, art 27 :

> Défaut de pertinence de la qualité officielle
>
> 1. Le présent Statut s'applique à tous de manière égale, sans aucune distinction fondée sur la qualité officielle. En particulier, la qualité officielle de chef d'État ou de gouvernement, de membre d'un gouvernement ou d'un parlement, de représentant élu ou d'agent d'un État, n'exonère en aucun cas de la responsabilité pénale au regard du présent Statut, pas plus qu'elle ne constitue en tant que telle un motif de réduction de la peine.
>
> 2. Les immunités ou règles de procédure spéciales qui peuvent s'attacher à la qualité officielle d'une personne, en vertu du droit interne ou du droit international, n'empêchent pas la Cour d'exercer sa compétence à l'égard de cette personne.

14 *Ibid*, art 98 :

> Coopération en relation avec la renonciation à l'immunité et le consentement à la remise
>
> 1. La Cour ne peut poursuivre l'exécution d'une demande de remise ou d'assistance qui contraindrait l'État requis à agir de façon incompatible avec les obligations qui lui incombent en droit international en matière d'immunité des États ou d'immunité diplomatique d'une personne ou de biens d'un État tiers, à moins d'obtenir au préalable la coopération de cet État tiers en vue de la levée de l'immunité.
>
> 2. La Cour ne peut poursuivre l'exécution d'une demande de remise qui contraindrait l'État requis à agir de façon incompatible avec les obligations qui lui incombent en vertu d'accords internationaux selon lesquels le consentement de l'État d'envoi est nécessaire pour que soit remise à la Cour une personne relevant de cet État, à moins que la Cour ne puisse au préalable obtenir la coopération de l'État d'envoi pour qu'il consente à la remise.

des gouvernants en exercice, les États demeurent résolument attachés à leurs attributs.

C'est donc par souci de clarté et dans l'intention de faire le point sur la question que la présente recherche se demande si un gouvernant en exercice reste protégé contre des poursuites pour ses actes de fonction, quand bien même ceux-ci seraient constitutifs de crimes internationaux. La réponse se dédouble en deux volets qui traduisent la perspective actuelle du droit international sur le statut pénal des gouvernants en exercice. D'une part, ils demeurent exempts de poursuites devant les tribunaux pénaux étrangers (I). D'autre part, ils ne peuvent voir leur responsabilité engagée, lorsqu'ils sont en fonction, que devant une juridiction pénale internationale compétente (II).

Avant d'aborder les principales articulations de la présente contribution, il convient de souligner qu'est exclue de l'étude l'analyse de la responsabilité de l'État tant en droit international public général[15] qu'en matière de droits de l'homme[16]. Il en est de même des violations des droits de l'homme sur lesquelles une responsabilité internationale de l'État proche d'une responsabilité pénale existe[17] ou est débattue[18]. Seule

---

15 Aux termes de l'article 36(2) du Statut de la Cour Internationale de Justice (dans *Charte des Nations Unies*, 26 juin 1945, RT Can 1945 n° 7, annexe [*Charte*]), la responsabilité internationale de l'État concerne « c. la réalité de tout fait qui, s'il était établi, constituerait la violation d'un engagement international ; d. la nature ou l'étendue de la réparation due pour la rupture d'un engagement international ». D'après l'article 1er du texte du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, « [t]out fait internationalement illicite de l'État engage sa responsabilité internationale » (« E. Texte du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite » dans Commission du droit international, *Rapport de la Cinquante-troisième* session, Doc off AG NU, 2001, supp n° 10, Doc NU A/56/10 à la p 144). Voir aussi *Responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite*, Rés AG 56/83, Doc off AG NU, 56e sess, Doc NU A/Res/56/83.

16 Pour « l'examen des communications relatives aux violations des droits de l'homme et des libertés fondamentales », voir Conseil économique et social, *Procédures à adopter pour l'examen des communications relatives aux violations des droits de l'homme et des libertés fondamentales,* Res 1503 (XLVIII), Doc Off CES, 1393e séance, 27 mai 1970 ; *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 19 décembre 1966, 999 RTNU 171, art 28 et s, RT Can 1976 n° 47, 6 ILM 368 (entrée en vigueur : 23 mars 1976, accession du Canada 19 mai 1976) [*PIDCP*].

17 Voir *Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide,* 9 décembre 1948, 78 RTNU 277, RT Can 1949 n° 27 (entrée en vigueur : 12 janvier 1951) [*Convention du crime de génocide*] ; *Affaire relative à l'application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c Serbie-et-Monténégro)*, Arrêt du 26 février 2007, en ligne : Cour Internationale de Justice <http://www.icj-cij.org>.

18 Voir Washington University Law Whithney R Harris World Law Institute, Crimes Against Humanity Initiative, *Declaration on the Need for a Comprehensive Convention on*

la responsabilité pénale des personnes physiques est d'intérêt ici. Cette responsabilité découle de l'idée que l'exercice des fonctions étatiques n'excuse pas les violations des droits de l'homme. En effet, de tels actes se distinguent des actes de souveraineté et justifient l'imposition d'une double responsabilité, l'une internationale à l'égard de l'État[19], l'autre pénale à l'égard des personnes physiques. Par violations des droits de l'homme, on entendra donc les actes qui constituent des violations des normes impératives attachées à la protection des droits de la personne, notamment les crimes contre l'humanité, les crimes de guerre, de génocide, la torture et autres traitements cruels, inhumains et dégradants.

I. L'immunité devant les tribunaux pénaux étrangers

L'immunité de l'acte de fonction d'un gouvernant en exercice est fondée sur un principe plus étendu, soit celui de l'immunité des États en droit international (A)[20]. La mise en œuvre de cette règle ouvre la porte à la controverse en raison de la notion polémique d'acte de fonction (B).

A. Un fondement dans les immunités de l'État

En vertu d'une théorie dite de l'individu-organe[21], les gouvernants en exercice sont confondus à leur État[22]. Les attributs de souveraineté et

---

Crimes Against Humanity, 12 mars 2010, en ligne : Washington University in St Louis <http://law.wustl.edu/crimesagainsthumanity/documents/CAHInitiative031210.pdf>.

19 *Ibid* à la p 2.

20 « [L]'État est le fondement même du système immunitaire du chef de l'État » : Télesphore Ondo, « Réflexions sur la responsabilité pénale internationale du chef d'État Africain » (2007) 69 Revue trimestrielle des droits de l'homme 153.

21 Cette théorie fut formulée par Hans Kelsen, « Collective and Individual Responsibility in International Law with Particular Regard to the Punishment of War Criminals » (1943) Cal L Rev 530. Dans l'affaire de l'entraide judiciaire en matière pénale devant la CIJ (*Affaire relative à certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c France*), [2008] CIJ rec 177 au para 187 [*Djibouti*], Djibouti a formulé cette théorie en ces termes :

> [U]n État ne saurait considérer une personne revêtant la qualité d'organe d'un autre État comme pénalement responsable, à titre individuel, des actes accomplis en cette qualité officielle, c'est-à-dire dans l'exercice de ses fonctions. Ces actes en effet sont à considérer, en droit international, comme attribuable à l'État pour le compte duquel l'organe agit, et non pas à l'individu-organe.

Sur la personification de l'État et son agent, voir Jerrold L Mallory, « Resolving the Confusion Over Head of State Immunity: The Defined Rights of Kings » (1986) 86 : 1 Colum L Rev 169.

d'indépendance qui protègent de l'ingérence extérieure se traduisent en matière juridictionnelle par l'interdiction de soumettre l'État et ses biens aux tribunaux d'un autre[23]. Les personnes qui travaillent au service d'un gouvernement bénéficient par conséquent de ce principe[24]. D'après Jean Salmon, à côté de l'exercice des fonctions, le concept de représentation est le « fondement du principe de l'immunité de certains hauts personnages de l'État (chef de l'État, premier ministre, ministre des affaires étrangères) »[25]. Cependant, tandis que les immunités de l'État ont connu dans l'histoire une importante limitation à certains égards (A.1), elles paraissent, en matière de juridiction pénale, avoir préservé leur caractère absolu (A.2).

1. Une immunité limitée à certains égards

Les situations dans lesquelles un État peut être considéré comme un justiciable ordinaire devant un forum étranger sont particulièrement congrues. Elles présentent toutes l'inconvénient de ne pouvoir offrir l'opportunité de sanctionner les cas de violation de droits de l'homme à grande échelle. Du moins, on ne peut compter ici sur la vertu infamante d'une sanction de nature pénale.

L'immunité absolue des États a progressivement migré vers un modèle restrictif. Il s'agit, selon Fox, de la seconde phase, phase intermédiaire, du développement des immunités qui fait intervenir un individu (tiers entre l'État et l'État du for). La première phase est celle de l'immunité absolue, cas de rapports exclusifs entre États qui excluait que ces derniers soient soumis à la contrainte de leurs juridictions respectives quelle que soit la nature de l'activité en cause. La troisième phase est celle

---

22 Aux termes de l'article 2(1)(a)(iv) de la *Convention des Nations Unies sur l'immunité juridictionnelle des États et de leurs biens* (dans *Convention des Nations Unies sur les immunités juridicationnelles des États et de leurs biens*, Rés AG 59/38, Doc NU A/Res/59/38, 2004, annexe), entres autres « [l]e terme "État" désigne : Les représentants de l'État agissant à ce titre ».

23 Voir O'Donnell, *supra* note 4 à la p 376.

24 « Des souverains et chefs d'État participent de l'indépendance de l'État [...], ils ne peuvent être soumis à aucune juridiction autre que celle de leur nation » : CA Alger, 22 janvier 1914, *Ben Aïad c Bey de Tunis*, (1914) JDI Jur 1290. Soumettre à la justice un souverain, « ce serait évidemment violer une souveraineté étrangère [...] » : CA Paris, 23 août 1870, *Masset,* (1871) Journal du Palais 73.

25 Jean Salmon, « Libres propos sur l'arrêt de la CIJ du 14 février 2002 dans l'affaire relative au *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (RDC c Belgique)* » (2002) 35 : 1-2 Rev BDI 512.

de l'irrecevabilité de la défense d'immunité en raison de son détachement de l'État[26].

La doctrine restrictive de l'immunité de l'État a émergé de la remise en cause de l'immunité absolue[27]. Les tribunaux refusaient presque systématiquement d'établir une distinction entre les actes politiques non justiciables et les actes privés ou commerciaux que l'on souhaitait soumettre au jugement des tribunaux étrangers.

Un jugement de la Cour d'appel de Paris de 1912 a rejeté cette distinction en déclarant que tous les actes d'un État n'ont qu'un seul objectif et une seule finalité qui est toujours politique et que l'unité de l'État n'autorise pas une telle dualité[28]. Dans une affaire anglaise, *The Parlement Belge*, la Cour d'appel décide au sujet d'un bateau à usage commercial que « *the mere fact of the ship being used subordinately and partially for trading purposes does not take away the general immunity* »[29].

La transformation est venue de la participation intensive des entités étatiques au commerce international[30]. Celles-ci étant devenues des acteurs de poids dans le domaine, le principe d'une immunité absolue, qui déposséderait ses partenaires privés d'un recours judiciaire, était de plus en plus perçu comme un avantage injuste. Toutefois, l'intérêt de la justice est loin d'être le seul moteur de cette transformation.

En réalité, le modèle restrictif n'a été accepté que parce que les États en tirent le plus grand avantage. Ainsi que l'a reconnu Lord Wilberforce, ce modèle ne remet pas en question les actes de souveraineté et n'implique pas une ingérence dans ses fonctions souveraines de sorte que la dignité de l'État demeure préservée[31].

---

26 Voir Hazel Fox, *The Law of State Immunity*, Oxford, Oxford University Press, 2002 à la p 2. La théorie de l'irrecevabilité des immunités est fondée sur la hiérarchie des normes de droit international desquelles prévalent celles qui sont relatives à la protection des droits de l'homme. Voir par ex Lee M Caplan, « State Immunity, Human Rights, and *Jus Cogens*: A Critique of the Normative Hierarchy Theory » (2003) 97 Am J Int'l L 741.

27 Voir Dahai Qi, « State Immunity, China and Its Shifting Position » (2008) 7 : 2 Chinese Journal of International Law 307 à la p 310.

28 Voir Gamal Moursi Badr, *State Immunity: An Analytical and Prognostic View*, La Haye, Martinus Nijhoff, 1984 aux pp 28-29.

29 *The Parlement Belge* [1880] 5 PD 197, tel que cité dans Fox, *supra* note 26 à la p 107. Un tribunal anglais a adopté la même décision dans l'affaire *The Porto Alexandre* ([1920] P 30) au sujet d'un navire portugais faisant exclusivement du commerce.

30 Voir Qi, *supra* note 27 à la p 312.

31 Voir *I Congreso del Partido,* [1983] 1 AC 244, [1981] 2 All ER 1064 (HL (Eng)). Voir aussi Caplan, *supra* note 26 à la p 758.

En effet, l'adhésion plus grande des États à une immunité restrictive peut trouver sa justification dans l'attrait des capitaux étrangers. Un État qui se soustrairait facilement à ses obligations court le risque de perdre la confiance des investisseurs. Il est remarquable de ce fait que les États qui ont adopté très tôt l'immunité restrictive étaient des puissances économiques et commerciales. En 1903, par exemple, un tribunal belge a établi une distinction entre actes privés et actes publics d'un État pour exclure l'application des immunités aux actes privés[32]. Cette approche a progressivement été suivie par d'autres États[33]. L'idée derrière cette distinction est qu'en tant qu'agent économique, l'État n'est ni plus ni moins qu'un commerçant ordinaire. Or l'activité civile ou commerciale repose fondamentalement sur le principe de l'égalité entre sujets de droit, contrairement aux actes de souveraineté auxquels on applique un droit exorbitant.

La doctrine de l'immunité restrictive a connu une consécration juridique au plan régional[34], international[35] et national[36]. La *Convention des Nations Unies sur l'immunité juridictionnelle des États et de leurs biens* (2004)[37], pas encore en vigueur, continue de reconnaître certes l'immunité comme le principe *coutumier* de droit international, mais admet cependant qu'elle n'est pas recevable dans certaines circonstances. Il en est ainsi en matière de transaction commerciale[38], de contrats de travail[39], de procédure visant la détermination de la propriété, de la

---

32 Voir Joseph M Sweeney, *The International Law of Sovereign Immunity*, Washington (DC), Government Printing Office, 1964 aux pp 2-3.

33 Voir Qi, *supra* note 27 à la p 313. Aux États-Unis, la prise de position du Département d'État en faveur des immunités restrictives dans un document appelé *Tate Letter* : Jack B Tate, « Changed Policy Concerning the Granting of Sovereign Immunity to Foreign Governments » (1952) 26 : 678 Dep't St Bull 984. Voir la consécration de cette prise de position en 1964, dans l'affaire *Victoria Transport* : Malcom N Shaw, *International Law*, 5e éd, Cambridge, Cambridge University Press, 2003 à la p 628. L'Angleterre a suivi plus tard en 1976, affaire *Philippine Admiral,* (*ibid* à la p 629).

34 Voir *Convention européenne sur l'immunité des États*, Bâle, 16 mai 1972, STE 74.

35 Voir *Convention Internationale pour l'unification de certaines règles concernant les immunités de navires d'État*, Bruxelles, 10 avril 1926 ; *Protocole additionnel*, Bruxelles, 24 mai 1934.

36 Voir le *Foreign Sovereign Immunities Act of 1976,* Pub L No 94-583, 90 Stat 2891 (codifié tel que modifié dans plusieurs sections du 28 USC 1330) des États-Unis et le *State Immunity Act 1978* (R-U), c 33 du Royaume-Uni [*State Immunity Act*]. Ces lois ont inspiré des législations similaires dans les pays suivants : Canada, Singapour, Australie, Afrique du Sud, Pakistan et Malaysie. Voir aussi Fox, *supra* 26, ch 5.

37 Rés AG 59/38, 59e sess, supp no 49, Doc NU A/59/49 (2004) [*Convention sur l'immunité juridictionnelle*].

38 *Ibid*, art 10.

39 *Ibid*, art 11.

possession et de l'usage de biens[40], de la détermination d'un droit de propriété intellectuelle ou industrielle[41], de la participation à des sociétés ou autres regroupements[42], de navires dont un État est le propriétaire ou l'exploitant[43], d'accord d'arbitrage[44] et d'atteintes à l'intégrité physique d'une personne ou dommages aux biens[45].

Cette dernière exception, qui semble la plus susceptible de couvrir les revendications en matière de droits de l'homme, n'est cependant pas en mesure de prendre en compte les situations de crimes internationaux. D'abord, la juridiction de l'État étranger est une juridiction de caractère civil. Une victime ne saurait y réclamer qu'une réparation pécuniaire. Ensuite, l'acte ou l'omission qui donne lieu à l'action judiciaire doit être *attribuable à l'État*. Il ne s'agit pas de la mise en cause d'un fonctionnaire de l'État à titre personnel, mais du fait que ses actes sont imputables à son gouvernement. Pour les actes commis à titre personnel, les agents diplomatiques et envoyés spéciaux sont soumis aux dispositions des conventions qui régissent leurs fonctions[46], à savoir une immunité de juridiction civile et administrative de principe assortie d'exceptions en matière d'action réelle, de succession, d'activité professionnelle ou commerciale et d'accident occasionné par un véhicule utilisé en dehors des fonctions officielles[47]. L'État est donc en droit de se prévaloir de l'immunité personnelle de ses agents quand bien même les actes de ces derniers seraient constitutifs de crimes internationaux[48].

En fin de compte, condition non négligeable, l'acte attribuable à l'État qui fait l'objet de contentieux doit s'être produit sur le territoire de l'État du for. Il n'est donc pas question, même au civil, d'autoriser les individus à porter devant les tribunaux étrangers les revendications fondées sur des

---

40 *Ibid*, art 13.

41 *Ibid*, art 14.

42 *Ibid*, art 15.

43 *Ibid*, art 16.

44 *Ibid*, art 17.

45 *Ibid*, art 12.

46 Voir Laure Milano, « Les immunités issues du droit international dans la jurisprudence européenne » (2008) 76 Revue trimestrielle des droits de l'homme 1059 à la p 1060.

47 Voir *Convention de Vienne sur les relations diplomatiques*, 18 avril 1961, 500 RTNU 95, art 31, RT Can 1966 n° 29 (entrée en vigueur : 24 avril 1964) ; *Convention sur les missions spéciales*, 8 décembre 1969, 1400 RTNU 231, art 31 (entrée en vigueur : 21 juin 1985). Il est entendu aux termes de ces mêmes dispositions que les personnes bénéficiant des immunités ne sont pas dispensées de la juridiction de leurs États d'envoi.

48 Voir *Jones v Ministry of Interior of Saudi Arabia,* [2006] UKHL 26 au para 24, [2007] 1 AC 270 [*Jones*].

actes commis sur le territoire de l'État mis en cause. La compensation pécuniaire pour les victimes doit être recherchée devant les juridictions civiles du lieu de la perpétration de l'acte[49]. Cet aspect a fait l'objet d'une pratique jurisprudentielle.

Dans l'affaire *McElhinney c. Irlande*[50], où un soldat britannique poursuivait un irlandais sur le territoire irlandais, le plaignant a demandé à la Cour Européenne des Droits de l'Homme (CrEDH) de condamner l'Irlande parce que l'immunité de la Grande Bretagne sur laquelle les tribunaux fondaient le rejet de sa demande en réparation violait son droit d'accès à la justice prévu à l'article 6(1) de la *Convention Européenne des droits de l'Homme*[51]. La Cour reconnut que le droit international et certains droits nationaux avaient évolué dans le sens de ne pas reconnaitre aux États l'immunité de juridiction en ce qui concerne les atteintes à l'intégrité physique causées par les actes ou omissions ayant lieu sur le territoire de l'État de forum[52]. Elle conclut cependant, pour rejeter la requête du plaignant, que la pratique en la matière est loin d'être universelle et que le requérant n'a pas épuisé les voies de recours qui existent en Irlande[53]. Elle décida au surplus que les actes en cause, à savoir les activités des forces armées d'un État étranger sur le territoire de l'État du for, sont des actes *jure imperii,* donc non justiciables[54].

---

49 Au sujet des allégations de torture en Arabie Saoudite et d'une demande de réparation formulée devant les tribunaux anglais contre un ministre de l'intérieur saoudien, voir *ibid* au para 46. Les États-Unis ont institué une sorte de compétence universelle civile pour les victimes de torture à travers le *Torture Victim Protection Act of 1991*, Pub L No 102-256, 106 Stat 73 (codifié tel que modifié au 28 USC 1350). Très controversée, cette loi permet le dépôt de plaintes civiles aux États-Unis contre des individus qui, agissant à titre officiel pour une nation étrangère, commettent des actes de torture ou des exécutions extrajudiciaires. Le Comité contre la torture est récemment allé dans ce sens dans l'examen du rapport du Canada en demandant à ce dernier de revoir sa position sur l'article 14 – réparation au profit des victimes de torture – afin que sa juridiction civile puisse connaître des demandes de compensation des victimes de torture (Comité contre la torture, *Examen des rapports présentés par les États parties en application de l'article 19 de la Convention : Conclusions et recommandations du Comité contre la torture – Canada,* Doc off Comité contre la torture NU, 2005, Doc NU CAT/C/CR/34/CAN à la p 4).

50 n° 32153/96, [2001] XI CDHE 57 [*McElhinney*].

51 *Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, telle qu'amendée par les Protocoles n°s 11 et 14,* Rome, 4 octobre 1950, STE 5 [*Convention européenne des droits de l'homme*],

52 *McElhinney*, *supra* note 50 au para 38.

53 *Ibid*. Voir aussi Emmanuel Voyiakis, « Access to Court v State Immunity » (2003) 52 ICLQ 297 à la p 302.

54 *McElhinney, supra* note 50 au para 38.

Au moment où cet arrêt est rendu, il est conforme au droit positif. La référence par les juges dissidents à l'article 11 de la *Convention européenne sur l'immunité des États*[55] et à l'article 12 du projet d'article de la Commission du droit international (CDI) d'alors pêchait en effet par une pratique nationale hétérogène[56]. La *Convention des Nations Unies sur l'immunité juridictionnelle des États et de leurs biens*[57], lorsqu'elle entrera en vigueur, changera à coup sûr l'état du droit international sur ce point. L'article 12, qui stipule une exception à l'immunité de l'État fondée sur la violation de l'intégrité physique, ne distingue pas des actes imputables à l'État ceux qui relèvent des activités des forces armées d'un État étranger sur le territoire de l'État du for[58].

Quant à la position des juges dissidents, l'argument du caractère de « norme impérative » de la *Convention européenne des droits de l'homme*[59] aurait mérité un examen approfondi[60]. Cette question était au centre de l'affaire *Al-Adsani*[61].

Le requérant de double nationalité koweitienne et britannique est victime de torture et de mauvais traitements au Koweït ainsi que de menaces au Royaume-Uni et demande réparation contre le cheikh et l'État koweitien devant les tribunaux anglais[62]. La Cour commence d'emblée par relever que les États étrangers sont généralement exonérés de plaintes relatives à l'atteinte à l'intégrité physique lorsque ces actes n'ont pas eu lieu sur le territoire de l'État du for[63]. Cette position aurait justifié un rejet pur et simple de la requête si la Cour n'avait pas eu à se prononcer sur le point de droit cherchant à savoir si l'immunité de l'État

---

55 *Supra* note 34, art 11 : « Un État [c]ontractant ne peut invoquer l'immunité de juridiction devant un tribunal d'un autre État [c]ontractant lorsque la procédure a trait à la réparation d'un [...] fait survenu sur le territoire de l'État du for et que l'auteur du dommage y était présent au moment où ce fait est survenu ».

56 Voir Hélène Tigroudja, « La Cour Européenne des droits de l'Homme et les immunités juridictionnelles d'États : Observations sous les arrêts *McElhinney, Fogarty et Al-Adsani contre Royaume-Uni* du 21 novembre 2001 » (2002) 34 : 1 Rev BDI 526 à la p 533.

57 *Supra* note 37.

58 Dans l'affaire *Fogarty c Royaume-Uni,* arrêt du 21 novembre 2001, la CrEDH reconnaît au sujet des conditions de recrutement d'une employée par l'ambassade américaine que la question reste couverte par une immunité juridictionnelle absolue. Voir Tigroudja, *supra* note 56 à la p 535.

59 *Supra* note 51.

60 Voir Voyiakis, *supra* note 53 à la p 303.

61 *Al-Adsani c Royaume- Uni*, demande nº 35763/97, [2001] XI CEDH 117 [*Al-Adsani*].

62 *Ibid*.

63 *Ibid* au para 57.

n'était pas inapplicable en raison du caractère de *jus cogens* de la torture en droit anglais et international[64]. C'est en distinguant entre la pratique des États en matière civile et la pratique en matière pénale que la Cour rejette la demande du requérant. Selon les juges de Strasbourg, rien ne lui permet « de conclure qu'en droit international un État ne jouit plus de l'immunité d'une action civile devant les cours et tribunaux d'un autre État devant lesquels sont formulées des allégations de torture »[65].

Cette décision de la CrEDH est sujette à la critique et a pour conséquence d'affaiblir le caractère de norme impérative de l'interdiction de la torture dans la mesure où elle restreint ce caractère aux seuls cas de poursuite en matière criminelle. De plus, la Cour ne tire aucune conséquence légale du caractère de norme impérative de l'interdiction de la torture qu'elle reconnaît bien[66]. Il était en effet possible, pour faire droit à cette norme de *jus cogens*, de reconnaître l'immunité de l'État tout en envisageant la responsabilité pénale ou civile du véritable auteur de l'acte[67]. Le choix de ne pas faire cette détermination a conféré à l'immunité de juridiction pénale un caractère absolu pour les gouvernants en exercice, qui a été confirmé par la suite par la Cour internationale de Justice.

2. Une immunité absolue en matière criminelle

Cet aspect de l'immunité étatique est à l'origine de la controverse actuelle au sujet du statut pénal des gouvernants en exercice. Pourtant, l'immunité de juridiction criminelle de l'État étranger n'a pas donné lieu à des transformations majeures. Troublante pour une certaine doctrine[68], « l'immunité totale » à laquelle elle renvoie est contestée non pas du point de vue du droit positif, du moins éloquent, mais assurément quant à sa pertinence à l'époque de la communauté des valeurs fondée sur l'émergence d'une norme de *jus cogens* protectrice des droits de l'homme.

---

64 En vertu du *Criminal Justice Act 1988* (R-U) ch 33, art 134, la torture est un crime en droit anglais quel que soit le lieu de sa commission. Pour le droit international, la Cour Européenne des Droits de l'Homme fit référence à l'article 5 de la *Déclaration universelle des droits de l'homme* (Rés AG 217(III), Doc off AG NU, 3e sess, supp no 3, Doc NU A/810 (1948) 71), à l'article 7 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* (19 décembre 1966, 999 RTNU 171 (entrée en vigueur : 23 mars 1976)), à l'article 3 de la *Convention européenne des droits de l'homme* (*supra* note 51) et à l'article 2 de la *Convention contre la torture* (*supra* note 3).

65 *Al-Adsani, supra* note 61 au para 61.

66 *Ibid.*

67 Voir Tigroudja, *supra* note 56 à la p 540.

68 Voir Kamto, « Troublante », *supra* note 9 aux pp 518-30.

En effet, les conventions en matière de relation diplomatique, consulaire et de missions spéciales interdisent à l'État d'accueil de soumettre à sa juridiction pénale l'agent de l'État d'envoi de la mission pendant l'exercice de ses fonctions[69]. Ce principe est souvent subdivisé en immunité fonctionnelle et en immunité diplomatique ou personnelle[70], mais en réalité cette séparation est d'un intérêt relatif lorsque le gouvernant demeure en exercice. Aucune des deux catégories ne peut être contestée avec succès devant un tribunal étranger, bien que l'immunité fonctionnelle prête le flanc au contentieux.

L'immunité fonctionnelle signifie en effet que les actes commis par l'agent de l'État au titre de l'accomplissement de sa fonction ne sont pas susceptibles de poursuites devant un tribunal pénal étranger. Ainsi qu'on l'a vu ci-dessus, les auteurs de ces actes peuvent être poursuivis au civil si les actes sont commis sur le territoire de l'État de for, mais jamais au criminel, et ce, quel que soit le lieu de leur commission. À la lumière de l'immunité des actes de fonction, il est possible d'inférer que les actes qui ne se rattachent pas à la fonction étatique sont susceptibles de poursuites pénales.

En effet, le principe du caractère relatif de l'immunité diplomatique postule qu'il est possible de poursuivre au pénal l'agent de l'État pour ses actes personnels commis avant son entrée en fonction ou, lorsqu'il est en fonction, pour ses actes qui ne sont pas attribuables à son État. Une telle possibilité donnerait droit à un État étranger d'émettre et d'exécuter au titre de la compétence universelle[71] un mandat d'arrêt dès lors que l'agent

---

69 *Convention sur les missions spéciales*, *supra* note 47, art 31(1).

70 L'immunité diplomatique ou personnelle suppose l'inviolabilité de la personne du fonctionnaire étranger qui ne peut faire l'objet d'une mesure d'arrestation ou de détention sur le territoire d'accueil d'une mission diplomatique ou spéciale. Voir *Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, supra* note 47, art 29 ; *Convention sur les missions spéciales, supra* note 47, art 29.

71 On entendra la compétence universelle au sens des principes de Princeton : « [*U*]*niversal jurisdiction is criminal jurisdiction based solely on the nature of the crime, without regard to where the crime was committed, the nationality of the alleged or convicted perpetrator, the nationality of the victim, or any other connection to the state exercising such jurisdiction* » (Princeton Project on Universal Jurisdiction, *The Princeton Principles on Universal Jurisdiction*, Princeton (NJ), Program in Law and Public Affairs, 2001, principe 1(1), en ligne : Program in Law and Public Affairs http://lapa.princeton.edu/publications.php). Voir aussi CE, Secrétariat, *AU–EU Technical Ad hoc Expert Group Report on the Principle of Universal Jurisdiction*, annexe dans Bruxelles, CE, 16 avril 2009, 8672/1/09 REV 1 au para 8. Une compétence fondée sur la nature des crimes suppose l'absence de bases traditionnelles de compétence, soit la compétence territoriale (lieu de commission du crime), la compétence personnelle (victime ou auteur ressortissant de l'État qui exerce la compétence) ou la compétence objective (atteinte, même hors de son territoire, à un intérêt propre à l'État qui exerce

de l'État se trouve, même dans le cadre de ses fonctions officielles, sur son territoire. C'est cette interprétation qui fonde de nombreuses plaintes déposées par les victimes auprès des tribunaux étrangers lorsqu'un gouvernant étranger est de passage dans le pays dans lequel elles ont trouvé refuge, qu'il le soit à titre de visite privée ou officielle.

Cette conception ne peut cependant prospérer que dans des cas limités prévus par le droit international, à savoir la levée de l'immunité du gouvernant étranger par son État, lorsque la personne demeure dans l'exercice de ses fonctions ou lorsqu'ayant quitté celles-ci, il est poursuivi pour ses actes privés devant un tribunal étranger compétent ou devant les juridictions de son pays. Ainsi qu'on peut le voir, cette éventualité se fonde principalement sur la distinction, qui n'est pas toujours évidente, des activités officielles, *acta jure imperii,* non justiciables des actes privés, *acta jure gestionis,* justiciables. Elle aboutit dans tous les cas à une immunité de juridiction pénale des actes de fonction, c'est-à-dire des actes attribuables à l'État du gouvernant en exercice. La question se pose dès lors de savoir si cette irresponsabilité pénale doit être acceptée simplement en raison du caractère étatique de son auteur.

En y réfléchissant, nous sommes confrontés à un obstacle juridique majeur. S'il existe en effet une responsabilité pénale des personnes morales dans certains systèmes juridiques, elle semble dans l'ensemble des cas exclure une responsabilité criminelle de l'État. De fait, même si on écartait le principe de la souveraineté qui soutient les immunités pour faire droit à la responsabilité, les actes de fonction ne seraient punissables au pénal que si les États acceptaient l'émergence d'un tel droit. Pour l'instant, ce n'est pas encore le cas.

Toutefois, les États acceptent des formes de responsabilité autres que la responsabilité pénale pour les crimes internationaux. La responsabilité devant les mécanismes de droits de l'homme demeure toujours un recours possible[72]. Aussi, la responsabilité internationale de caractère interétatique existe en matière de génocide et possiblement en matière de la violation d'autres droits de l'homme[73].

---

sa compétence). Voir Roger O'Keefe, « Universal Jurisdiction: Clarifying the Basic Concept » (2004) 2 : 3 Int'l Crim Just 735 à la p 739 et s.

72 Selon la CIJ, « l'État qui demande à une juridiction étrangère de ne pas poursuivre, pour des raisons d'immunité, une procédure judiciaire engagée à l'encontre de ses organes assume la responsabilité pour tout acte internationalement illicite commis par de tels organes dans ce contexte » : *Djibouti, supra* note 21 au para 196.

73 Voir *Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Géorgie c Fédération de Russie),* Requête introductive d'instance du 12 août 2008 au para 35, en ligne : Cour Internationale de Justice <http://www.icj-cij.org>.

Ces voies présentent cependant certains inconvénients, soit l'insatisfaction qui peut en résulter et leur mise en œuvre très politisée. En outre, elles peuvent être totalement inexistantes lorsqu'à la suite d'un conflit armé, un État fait face à l'effondrement de ses structures régaliennes[74]. Or la responsabilité pénale présente l'avantage de viser directement une personne physique. L'une des difficultés dans ces cas est de distinguer entre ses actes privés et officiels.

B. Une mise en œuvre controversée : la notion polémique d'acte de fonction

Le but de la détermination des actes de fonction (B.1) est en principe de faciliter la répression de ceux qui s'en détachent. On verra qu'en ce qui concerne les gouvernants en exercice, cette conséquence peut être inexistante (B.2).

1. La détermination de l'acte de fonction

Un acte relève de la fonction du gouvernant s'il est commis à titre officiel dans l'exercice de ses attributions. La qualité officielle du gouvernant a fait l'objet de vives discussions entre la République démocratique du Congo (RDC) et la Belgique à l'occasion de l'affaire relative au *Mandat d'arrêt* du 11 avril 2000. Alors que le premier État clamait la qualité officielle de son ministre des affaires étrangères, le second faisait savoir à la Cour internationale de Justice (CIJ) que « le mandat d'arrêt a été émis à l'encontre de M. Yerodia à titre personnel »[75]. Il devenait donc important pour la juridiction internationale de se prononcer sur le critère de détermination de la qualité officielle.

En effet, la qualité officielle dans une perspective générale est susceptible de s'appliquer à toute personne investie de la charge étatique. La CIJ a élargi, non sans critique[76], le socle de personnes qui, porteuses de la qualité officielle, sont par ailleurs bénéficiaires des privilèges et de l'immunité. D'après la CIJ, « il est clairement établi en droit international que, de même que les agents diplomatiques et consulaires, certaines personnes occupant un rang élevé dans l'État, telles que le chef de l'État, le chef du gouvernement ou le ministre des affaires étrangères, jouissent dans les autres États d'immunités de juridiction, tant civiles que

---

[74] Voir Christopher C Joyner, « Arresting Impunity: The Case for Universal Jurisdiction in Bringing War Criminals to Accountability » (1996) 59 : 4 Law & Contemp Probs 153 à la p 162.

[75] *Mandat d'arrêt, supra* note 10 au para 50.

[76] Voir notamment Kamto, « Troublante », *supra* note 9 à la p 519.

pénales »[77]. Il suffit d'occuper dans l'État un rang élevé pour prétendre au bénéfice de l'immunité de juridiction pénale dans un autre.

La notion de personnalité de rang élevé est d'appréciation subjective. Il est difficile d'en fixer un contenu stable. Elle laisse les États maîtres de sa détermination. Le critère du rang peut donc ouvrir la porte à toutes sortes d'abus. Il y a lieu d'insister sur la fonction. On peut donc convenir avec Jean Salmon que c'est le caractère représentatif et la nature des fonctions qui justifient l'extension des immunités aux gouvernants comme les ministres des affaires étrangères ou les chefs d'État dont le statut pénal est incertain en droit international[78]. Le problème n'est pas pour autant résolu dans la mesure où ce sont les États qui fixent le mandat de leurs représentants[79].

À ce sujet, tandis que les fonctions officielles des agents qui exercent les attributions de leurs États sur le territoire d'un autre ont été plus ou moins circonscrites par le droit international[80], celles des dignitaires – ministre des affaires étrangères, chefs de gouvernement et chefs d'État – sont difficiles à déterminer. Or c'est généralement dans leur pays que les gouvernants en exercice commettent les violations de droits de l'homme. Il faut en effet souligner que ces personnes, surtout les chefs d'État et de gouvernement, sont en droit de se prévaloir des immunités « alors même que [leurs] actes litigieux ne participent pas de la conduite des relations

---

77 *Mandat d'arrêt, supra* note 10 au para 51.

78 Salmon, *supra* note 25 à la p 514. Certains États reconnaissent cependant les immunités aux chefs d'État par assimilation aux agents diplomatiques : voir, au Royaume-Uni, le *State Immunity Act*, *supra* note 36, art 20(1) et, en Australie, le *Foreign State Immunity Act 1985* (Cth), art 36(1). Voir aussi Institut de Droit international, *Les immunités de juridiction et d'exécution du Chef d'État et de gouvernement en droit international*, Session de Vancouver, 26 août 2001, art 2, en ligne : Institut de Droit international <http://www.idi-iil.org/idiF/navig_chron1993.html> : « En matière pénale, le chef d'État bénéficie de l'immunité de juridiction devant le tribunal d'un État étranger pour toute infraction qu'il aurait pu commettre, quelle qu'en soit la gravité ». Sur la question en général, « [à] sa 2940e séance, le 20 juillet 2007, la Commission [du droit international] a décidé d'inscrire à son programme de travail le sujet "L'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État" et a nommé M Roman A Kolodkin Rapporteur spécial pour le sujet » : *Rapport de la Commission du droit international : Cinquante-neuvième session 7 mai-5 juin et 9 juillet-10 août 2007,* Doc off AG NU, 62e sess, supp n° 10, Doc NU A/62/10 au para 376. Les immunités des agents diplomatiques prévues à l'article 29 de la Convention de Vienne ont été explicitement étendues aux chefs d'État par la CIJ : *Djibouti, supra* note 21 au para 174.

79 C'est particulièrement le cas des missions spéciales. Voir *Convention sur les missions spéciales*, *supra* note 47, art 3. Pour certains cependant, la responsabilité du chef d'État ou de gouvernement étant plus importante que celle des diplomates, il mérite une plus grande protection : O'Donnell, *supra* note 4 à la p 385.

80 Voir *Convention de Vienne sur les relations diplomatiques*, *supra* note 47, art 3-5.

internationales ou des affaires étrangères [...] et ont été accomplis sur le territoire national et non à l'étranger »[81]. On peut dès lors se demander si la validité de leur comportement doit être mesurée à l'aulne du droit international ou du droit interne.

La CIJ s'est prononcée sur la nature des fonctions du ministre des affaires étrangères dans son arrêt du 14 février 2002[82]. On peut relever des indications certes pertinentes pour savoir quelles sont les fonctions attachées à la conduite des relations internationales, mais rien ne filtre quant au droit interne. Un ministre des affaires étrangères est chargé de la direction de l'action diplomatique et de la représentation internationale de son gouvernement ; il exerce son autorité sur l'ensemble des agents diplomatiques en poste à l'étranger ; il agit au nom de l'État ; il a automatiquement la qualité de représentant de l'État et ses déclarations sont susceptibles d'engager l'État sur le plan international[83]. Ni claire ni exhaustive, cette énumération, à la lumière de la définition de la Cour quant aux personnes dont la qualité officielle confère l'immunité, peut s'appliquer *mutatis mutandis* aux fonctions d'un chef d'État ou de gouvernement.

Lord Nicholls, dans le premier arrêt de la *House of Lords* dans l'affaire *Pinochet*, propose une directive intéressante, bien qu'elle ne soit pas plus satisfaisante[84]. Le *Law Lords* refuse une détermination de l'acte de fonction fondée sur l'appréciation du droit interne de l'État d'où provient la personne en cause. Pour lui, les actes officiels sont des « *acts performed in the exercise of functions which international law recognises as functions of a head of state, irrespective of the terms of his domestic constitution* »[85]. Cette approche est limitée par la difficulté d'identifier les sources du droit international faisant une description des fonctions d'un chef d'État. À l'inverse, une approche négative autorise à considérer que les violations des droits de la personne proscrites par les instruments internationaux ne constituent pas des actes qui relèvent de la fonction officielle d'un gouvernant.

Quoiqu'il en soit, le fait que l'acte officiel soit commis dans l'exercice d'une fonction officielle, s'il ne contribue pas à renforcer son caractère non justiciable dans l'absolu, en retarde pour le moins la « justiciabilité ». L'utilisation dans la *Convention de Vienne* des termes « en dehors » et

---

81 Joe Verhoeven, « Les décisions "Pinochet" au Royaume-Uni » (2000) 119 J Tribun 226 à la p 227.

82 *Mandat d'arrêt*, *supra* note 10.

83 *Ibid* au para 51.

84 *Reg v Bow Street Magistrate, Ex Pinochet,* [1998] UKHL 41, [2000] 1 AC 61 [*Pinochet*].

85 *Ibid* aux pp 108-09.

« dans » la fonction manque particulièrement de clarté. Cette dialectique peut être analysée sur un double plan matériel et temporel.

Sur le plan matériel, la distinction insinue que tous les actes commis « dans » l'exercice d'une fonction officielle sont des actes de fonction et que sur le plan temporel, les actes commis « en dehors » sont des actes privés pouvant donner lieu à des poursuites pénales. Toutefois, si tous les actes commis après la cessation des fonctions officielles sont nécessairement privés, il est discutable d'affirmer que tous ceux qui sont commis « dans » l'exercice de la fonction sont officiels. L'adverbe « dans » traduit mieux le rattachement aux attributions officielles de l'acte concerné et ne couvre pas tous les actes commis pendant le mandat du gouvernant, mais seulement ceux qui étaient rattachés à la qualité officielle de chef d'État, chef de gouvernement, etc. Il s'ensuit qu'on pourrait demander la répression des actes qui ne se rattachent pas à l'exercice d'un mandat officiel courant.

2. Les conséquences pénales de la distinction

Le premier problème dans ce domaine est celui de la validité de la distinction entre acte non officiel justiciable et acte officiel exempté de poursuites pénales. Une fois de plus, se pose la question de savoir si un acte officiel, par excellence imputable à l'État, est exempté de contrôle pénal devant les tribunaux étrangers lorsqu'il constitue un crime international. Répondre par l'affirmative reviendrait à reconnaître que le droit international ne permet aucune conséquence pénale devant les tribunaux étrangers pour les crimes internationaux commandés par la fonction officielle. Le droit international semble divisé entre un principe général faisant partie du droit coutumier et une exception pour les crimes internationaux dont l'émergence est controversée.

L'émergence de l'exception tient du changement de paradigme qui a été propulsé par la protection internationale des droits de l'homme. Le droit international reconnaît, par les conventions établissant une responsabilité étatique en matière de génocide ou de torture, que des actes, mêmes officiels, ne sont pas nécessairement acceptables. C'est ce que fait remarquer Lord Nicholls dans l'affaire *Pinochet* : « *International law recognises, of course, that the functions of a head of state may include activities which are wrongful, even illegal, by the law of his own state or by the laws of other states* »[86]. Aussi, des actes comme des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité peuvent être tout à fait commis à des fins de

[86] *Ibid* à la p 109.

politique étatique[87]. C'est pour cette raison que la répression de tels actes fondée sur la distinction entre acte non officiel et acte officiel mérite d'être dépassée. Il s'agirait, selon l'opinion progressiste, d'examiner l'acte de violation allégué de façon intrinsèque[88]. La préoccupation juridique, voire de justice, qui survient est cependant de savoir s'il faut tenir l'individu responsable des actes officiellement imputables à son État. L'évolution de la responsabilité pénale individuelle permet de répondre par l'affirmative. Le tribunal de Nuremberg affirme dans son jugement que « [*h*]*e who violates the laws of war cannot obtain immunity while acting in pursuance of the authority of the state if the state in authorizing action moves outside its competence under international law* »[89].

Cette décision invite par conséquent tout gouvernant agissant au nom de l'État à systématiquement évaluer la conformité des actes commandés par ses lois avec le droit international. Toutefois, il convient de nuancer la portée de cette évolution d'un point de vue matériel et procédural. En réalité, ce que cette transformation apporte c'est qu'elle rend criminels les actes officiels, au même titre que les actes privés, qui constituent des violations du droit international. Ce qui est cependant discutable au plan procédural c'est la compétence des tribunaux étrangers alors que le gouvernant mis en cause demeure dans l'exercice de ses fonctions.

Contrairement à la tendance progressiste, la règle générale continue de se construire autour de la distinction acte privé/acte officiel. Elle s'élabore principalement autour de la proposition suivante énoncée dans l'arrêt *Yerodia* :

> [L]es 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 État qui ferait obstacle à l'exercice de ses fonctions[90].

---

87 Voir Salmon, *supra* note 25 à la p 516. « [L]es crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité relèvent directement de l'exercice du pouvoir souverain, dont les coupables sont les détenteurs ou les organes » : Jean-Yves Dautricourt, « Nature et fondement du droit pénal universel » (1949-1950) 30 : 10 Revue de droit pénal et de criminologie 1023 à la p 1030.

88 Voir Florence Poirat, « Jurisprudence française en matière de droit international public : Immunité de juridiction pénale du chef d'État étranger en exercice et règle coutumière devant le juge judiciaire » (2001) 105 : 2 RGDIP 473 à la p 483.

89 International Military Tribunal, *Trial of the Major War Criminals Before the International Military Tribunal,* vol 1, Nuremberg, Secretariat of the Tribunal, 1947 à la p 223.

90 *Mandat d'arrêt, supra* note 10 au para 54.

Cette proposition signifie en d'autres mots que l'impossibilité d'invoquer l'immunité fonctionnelle n'écarte pas d'emblée l'immunité diplomatique[91] et que contrairement à l'évolution, l'acte officiel, même s'il est constitutif de crimes, n'est pas justiciable pénalement[92].

La CIJ a décidé que la distinction entre les actes privés et publics d'un ministre des affaires étrangères en exercice était sans conséquence et sans importance[93]. L'immunité ainsi reconnue est d'application « *rationae temporis* [...], couvrant les actes accomplis aussi bien avant l'entrée en fonctions que ceux accomplis pendant l'exercice des fonctions, que le ministre soit présent sur le territoire à titre privé ou officiel, qu'il s'agisse d'actes de nature privée ou d'actes officiels »[94]. La décision de la CIJ peut certes être comprise quant à ce qui a trait à l'effet paralysant des immunités sur la compétence d'un tribunal étranger à l'égard d'un gouvernant en exercice, mais le maintien de la dichotomie acte privé/acte officiel est pour le moins critiquable.

Au soutien de sa décision sur l'effet paralysant des immunités sur la compétence du tribunal étranger, la Commission du droit international (CDI) – chargée du développement progressif et de la codification du droit international – souligne en 1972 que le chef d'État ou le chef de gouvernement « a droit à une protection spéciale lorsqu'il se trouve dans un État étranger et quelle que soit la nature de sa visite – officielle, non officielle ou privée »[95].

---

91 L'immunité diplomatique est le véritable obstacle à l'exercice de la compétence. Voir Micaela Frulli, « The Question of Charles Taylor's Immunity: Still in Search of a Balanced Application of Personal Immunities? » (2002) 2 : 4 Journal of International Criminal Justice 1118 à la p 1126.

92 La pratique des États est convergente sur ce point. En 1999, le tribunal national d'Espagne a refusé de poursuivre le Chef d'État en exercice Fidel Castro. Voir Amber Fitzgerald, « The Pinochet Case: Head of State Immunity Within the United States » (2001) 22 : 4 Whittier L Rev 987 aux pp 1012-13. Les États-Unis ne reconnaissent pas d'immunité aux anciens chefs d'État, mais demeurent attachés aux immunités du chef de l'État en exercice : les allégations de torture, de terrorisme et de viol contre Robert Mugabé ont été rejetées. Voir *Tachiona v United States of America,* 386 F (3d) 205 (2e Cir 2004). Voir aussi, concernant l'immunité de Margaret Thatcher contre des poursuites pour atteinte à l'intégrité et aux biens aux États-Unis, *Saltany v Reagan*, 886 F (2d) 438, 281 US App DC 20 (DC Cir 1989). Concernant l'immunité de l'ancien président chinois pour allégation de génocide et de torture, voir *Ye v Zemin*, 383 F (3d) 620 (7e Cir 2004). Concernant l'immunité de l'ancien président du Nigeria Abdulsalami Abubakar, voir *Enahoro v Abubakar*, 408 F (3d) 877 (7e Cir 2005).

93 *Mandat d'arrêt, supra* note 10 au para 55.

94 Salmon, *supra* note 25 à la p 513. Voir aussi Milano, *supra* note 46 à la p 1064.

95 *Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa vingt-quatrième session (2 mai-7 juillet 1972),* Doc off AG NU, 27e sess, supp n° 10, Doc NU A/8710/REV.1 à la p 340.

La décision de la CIJ dans l'affaire *Yerodia* jette de l'ombre sur la légitimité du principe de compétence universelle qui garantit l'efficacité de la répression des crimes graves[96]. La position de la Cour est sans concession :

> [S]i diverses conventions internationales tendant à la prévention et à la répression de certains crimes graves ont mis à la charge des États 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, et notamment aux immunités des ministres des affaires étrangères[97].

Pour la Cour, « la compétence n'implique pas l'absence d'immunité et l'absence d'immunité n'implique pas la compétence »[98]. Cette phrase est expliquée par la seconde distinction posée par la Cour entre l'immunité et l'impunité. Car alors que l'immunité touche à la procédure, l'impunité touche au fond. Il résulte donc que « l'*immunité* de juridiction dont bénéficie un ministre des affaires étrangères en exercice ne signifie pas

---

96 La Belgique a ainsi revu sa loi du 10 février 1999 relative à la répression des violations graves du droit international humanitaire dont l'article 5(3) disposait que : « L'immunité attachée à la qualité officielle d'une personne n'empêche pas l'application de la présente loi » (*Loi relative à la répression des violations graves de droit international humanitaire*, Moniteur Belge, 10 février 1999, 9286, art 5(3)). Le 29 janvier 2009, le juge espagnol Baltasar Garson, agissant en vertu du principe de compétence universelle, a annoncé l'ouverture d'une enquête sur sept anciens ou actuels responsables israéliens pour un bombardement mené en 2002 à Gaza qui avait provoqué la mort d'un militant du Hamas et de quatorze autres personnes, dont neuf enfants. Cette décision a suscité de vives réactions en Israël. Le 29 juillet 2009, le Congrès espagnol a adopté une loi pour restreindre cette compétence aux cas liés à l'Espagne. À la suite de l'arrestation en Allemagne, en 2008, de la chef de cabinet du président rwandais en vertu des mandats d'arrêt du juge français Jean-Louis Bruguière et de la demande de mise en accusation du Président du Soudan par le Procureur de la CPI, l'Union Africaine a fait des déclarations dénonçant la mise en accusation abusive des dirigeants africains et requérant une application restrictive du principe de compétence universelle. Voir Union Africaine, *Décision sur le rapport relatif à l'utilisation abusive du principe de compétence universelle*, 30 juin et 1er juillet 2008, Déc Assembly/AU/Dec 199(XI), en ligne : Union Africaine <http://www.africa-union.org> ; Union africaine, *Communiqué de presse*, 11 juillet 2008, Doc off Conseil de Paix et de Sécurité — Union Africaine, 141e réunion, Doc Union Africaine PSC/PR/BR(CXLI).

97 *Mandat d'arrêt, supra* note 10 au para 59.

98 *Ibid.* La Cour a décidé dans une autre affaire, au sujet de sa propre compétence, que la violation d'une norme de *jus cogens* ne confère pas d'emblée la compétence : « le fait qu'un différend porte sur le respect d'une norme possédant un tel caractère [de *jus cogens*], ce qui est assurément le cas de l'interdiction du génocide, ne saurait en lui-même fonder la compétence de la Cour pour en connaître » (*Affaire des activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête : 2002) (République Démocratique du Congo c Rwanda)*, [2006] CIJ rec 6 au para 64, en ligne : Cour Internationale de Justice <http://www.icj-cij.org/> [*Congo*]).

qu'il bénéficie d'une *impunité* au titre de crimes qu'il aurait pu commettre »[99].

Dans l'affaire *Pinochet,* la position est la même, à savoir que si Pinochet avait été un chef d'État en fonction, son arrestation aurait été une violation du droit international en vertu de la loi de 1978 sur les immunités des États[100]. Lord Browne-Wilkinson declare :

> *This immunity enjoyed by a head of state in power and an ambassador in post is a complete immunity attaching to the person of the head of state or ambassador and rendering him immune from all actions or prosecutions whether or not they relate to matters done for the benefit of the state*[101].

Il s'ensuit, selon Verhoeven, que « c'est à la compétence du juge qu'elle [l'immunité] déroge, sans restreindre d'aucune manière la responsabilité (pénale) de la personne qui s'en prévaut devant lui »[102]. En conséquence, d'après Fox, il ne saurait avoir un conflit entre une norme de fond (*jus cogens*) et une norme procédurale (l'immunité de juridiction)[103] . Il est pourtant bien possible de lire dans l'arrêt de la CIJ une restriction importante de la responsabilité, même si la compétence pour en connaître sera différée.

En effet, à la différence de la *House of Lords*, pour laquelle Pinochet ne pouvait se prévaloir de ses actes officiels pour obtenir une immunité après la cessation de ses fonctions alors que ceux-ci constituaient un crime de torture, la CIJ déclare qu'« un tribunal d'un État peut juger un ancien ministre des affaires étrangères d'un autre État 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 »[104]. En maintenant la dichotomie privé/public, les actes officiels constitutifs de crimes internationaux ne sont pas justiciables même après

---

99 *Mandat d'arrêt, supra* note 10 au para 60.

100 Voir le *State Immunity Act*, *supra* note 36, art 14(1)(a).

101 *Reg v Bow Street Magistrate, Ex Pinochet*, [2000] 1 AC 147, [1999] 2 All ER 97.

102 Verhoeven, « Réflexions », *supra* note 1 à la p 532.

103 Voir Fox, *supra* note 26 aux pp 524-25. Voir aussi Hoffmann LJ dans *Jones, supra* note 48 au para 45 :

> Pour produire un conflit avec l'immunité des États, il est donc nécessaire de démontrer que l'interdiction de la torture a généré une règle de procédure supplémentaire qui, par exception à l'immunité de l'État, donne ou peut-être exige que les États exercent leur juridiction civile sur les autres États dans les cas où la torture est alléguée. [...], contrairement à l'affirmation de la minorité dans *Al-Adsani*, ce n'est pas impliqué par l'interdiction de la torture [notre traduction].

104 *Mandat d'arrêt, supra* note 10 au para 61.

la cessation des fonctions[105]. Il faut donc espérer que la formulation retenue par la Cour l'ait été par inadvertance[106].

À ce jour, la solution qui se rapproche de plus à celle adoptée dans l'arrêt *Pinochet*, quoique implicite, est sans doute celle retenue par la Cour de cassation française. Dans sa décision du 13 mars 2001 dans l'affaire *Kadhafi*[107], la plus haute instance judiciaire a décidé « qu'en l'état du droit international, le crime dénoncé [faits de terrorisme], qu'elle qu'en soit la gravité ne relève pas des exceptions au principe de l'immunité de juridiction des chefs d'État étrangers en exercice »[108]. La Cour laisse entendre que des crimes autres que le terrorisme constituent des exceptions[109]. Toutefois, il est plus discutable d'affirmer que l'exception

---

105 Dans son opinion dissidente, la Juge ad hoc Belge regrette que la Cour n'ait pas « nuancé » ses propos en parlant d'acte à titre privé, car « [l]a Cour ne se prononce pas sur la question de savoir si les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité relèvent de cette catégorie » : *Affaire relative au Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c Belgique)*, [2002] CIJ rec 137 au para 36, juge Van Den Wyngaert, dissidente.

106 Voir Salmon, *supra* note 25 à la p 517. L'auteur rappelle la formulation de la session de Vancouver de l'Institut de droit international qui évacue la controverse sur la dichotomie acte privé/acte officiel :

> 1. Le chef d'État qui n'est plus en fonction ne bénéficie d'aucune inviolabilité sur le territoire d'un État étranger.
>
> 2. Il n'y bénéficie d'aucune immunité de juridiction tant en matière pénale qu'en matière civile ou administrative, sauf lorsqu'il y est assigné ou poursuivi en raison d'actes qu'il a accomplis durant ses fonctions et qui participaient de leur exercice. Il peut toutefois y être poursuivi et jugé lorsque les actes qui lui sont personnellement reprochés sont constitutifs d'un crime de droit international, lorsqu'ils ont été accomplis principalement pour satisfaire un intérêt personnel ou lorsqu'ils sont constitutifs de l'appropriation frauduleuse des avoirs ou des ressources de l'État.
>
> 3. Il n'y bénéficie d'aucune immunité d'exécution.

Institut de Droit international, *supra* note 78, art 13.

107 Conf par Cass crim, 13 novembre 2001, n° 01-82.400 (disponible sur Legifrance) ; Cass crim, 23 novembre 2004, (2004) Bull crim 1096, n° 04-84.265 (disponible sur Legifrance).

108 Cass crim, 13 mars 2001, *Affaire Kadhafi*, (2001) Bull crim 218, n° 00-87.215 (disponible sur Legifrance) [*Kadhafi*]. Voir Poirat, *supra* note 88 à la p 486.

109 Il convient d'être nuancé quant à l'irrecevabilité de l'immunité de chefs d'États en exercice devant le juge français. Son application devra être fondée sur un « accord entre les parties » et non sur un quelconque droit coutumier. Le premier considérant de l'arrêt dit : « la coutume internationale s'oppose à ce que les chefs d'État en exercice puissent, en l'absence de dispositions internationales contraires s'imposant aux parties concernées, faire l'objet de poursuites devant les juridictions pénales d'un État étranger » : *Kadhafi*, *supra* note 108. Voir Poirat, *supra* note 88 aux pp 474, 479 et s ; Spyridon Aktypis, « L'adaptation du droit pénal français au Statut de la Cour pénale internationale : État des lieux », (2009) 7 Droits fondamentaux 33 [pagination provisoire].

s'applique alors que le gouvernant étranger demeure en exercice. La seule option à la mise en cause immédiate semble être le renvoi à une juridiction pénale internationale compétente.

II. La responsabilité devant les tribunaux pénaux internationaux

Il s'agit d'une exception au principe de l'immunité des gouvernants dont la mise en œuvre est possible alors même que la personne demeure dans l'exercice de ses fonctions. Les autres exceptions ont en effet pour trait commun d'être mise en œuvre après la cessation des fonctions étatiques. Ce sont là précisément des solutions insatisfaisantes qui suscitent l'indignation de l'opinion internationale. Les régimes pratiquant des violations systématiques des droits de l'homme, en plus de leur culture d'impunité, sont souvent d'une longévité qui remet en cause la possibilité pour les victimes de voir un jour leurs torts réparés. La présente partie analyse d'une part l'émergence du principe de l'irrecevabilité des immunités devant les tribunaux pénaux internationaux (A) et d'autre part la pratique mitigée qui en résulte (B).

A. L'émergence du principe

Bien que son fondement soit à trouver dans la morale qui a progressivement pénétrée le droit international depuis l'avènement des droits de l'homme (A.1), l'affirmation juridique du principe connaît une consécration aujourd'hui bien établie (A.2).

1. Les fondements du principe

La remise en cause des immunités des gouvernants devant les juridictions pénales internationales et internationalisées est une question juridique importante. Elle traduit un tournant décisif des États vers une communauté internationale fondée sur des valeurs morales. Si cette règle se limite pour l'instant à une application devant un prétoire international compétent et pour des crimes spécifiquement définis, c'est parce qu'il s'agit de principes sur lesquels un consensus s'est dégagé et s'est consolidé.

En effet, l'émergence d'une règle affirmant l'irrecevabilité de l'invocation de la qualité officielle devant un tribunal créé dans le but de réprimer les infractions graves au droit international humanitaire et aux droits de l'homme exprime l'indignation de la communauté internationale pour les atrocités infligées aux victimes de conflits armés et des déchirements ethniques, politiques et raciaux. À Nuremberg, lors du jugement des criminels nazis à la fin de la Deuxième Guerre mondiale, l'énonciation de cette règle revêtait un caractère de droit *ex post facto*.

Bien que la reconnaissance des horreurs fût indiscutable, il s'agissait néanmoins d'un droit créé de toutes pièces par les vainqueurs.

La création de nouveaux tribunaux internationaux, qui reprennent ce principe, est associée cependant à la formation d'un ordre public international qui se construit autour de la centralité du bien-être des personnes et des peuples. On peut en juger non seulement par la variation dans les enceintes internationales d'un discours sur l'intervention ou l'ingérence humanitaire[110], reformulée, pour être politiquement correct, en responsabilité de protéger[111], mais plus concrètement par la mobilisation de l'action humanitaire à l'occasion de conflits armés. Le droit international pénal ne fait dès lors qu'écho à une condamnation que partage presque l'ensemble des peuples du monde.

Les crimes internationaux revêtent, en ce sens, une immoralité qui justifie une remise en question de la responsabilité des gouvernants[112]. Ces derniers sont en effet, en raison de leur position d'autorité, en mesure de mobiliser les forces de la violence et de la guerre. La CDI reconnaît ainsi leur rôle singulier dans la perpétration des souffrances et affirme qu'

> [i]l serait paradoxal que les individus qui sont, à certains égards, les plus responsables des crimes visés par le Code [de crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité] puissent invoquer la souveraineté de l'État et se retrancher derrière l'immunité que leur confèrent leurs fonctions[113].

Si l'implication des gouvernants est condamnable, la nature des crimes elle-même ne justifie aucun pardon[114]. Il s'agit souvent de la

---

[110] Voir Mario Bettati et Bernard Kouchner, *Le devoir d'ingérence : peut-on les laisser mourir ?*, Paris, Denoël, 1987.

[111] Voir Commission internationale de l'intervention et de la souveraineté des États, *La responsabilité de protéger : Rapport de la Commission Internationale de l'Intervention et de la Souveraineté des États*, Ottawa, Centre de recherche pour le développement international, 2001 à la p 8.

[112] Voir Olivier Beaud et Jean-Michel Blanquer, *La responsabilité des gouvernants*, Paris, Descartes, 1999.

[113] *Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarante-huitième session : 2 mai-7 juillet 1972,* Doc off AG NU, 51e sess, supp n° 10, Doc NU A/51/10 à la p 57 [*Rapport de sa quarante-huitième session*].

[114] Pour la CDI, c'est la « gravité qui constitue l'élément essentiel du crime contre la paix et la sécurité de l'humanité, crime caractérisé par son degré d'horreur et de barbarie, et qui sape les fondements de la société humaine » : *Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa trente-neuvième session : 4 mai-17 juillet 1987,* Doc off AG NU, 42e sess, supp n° 10, Doc NU A/42/10 à la p 24.

négation même de l'appartenance ultime à l'humanité[115], « de crimes odieux qui bouleversent la conscience de l'humanité, violent certaines des règles les plus fondamentales du droit international et menacent la paix et la sécurité internationales »[116] ; des atrocités « qui défient l'imagination et heurtent profondément la conscience humaine »[117] ; des crimes dont les effets diaboliques, meurtriers et massifs font trembler les fondations mêmes de la communauté internationale[118] ou encore de « crimes sans frontière »[119].

Cette unanimité morale trouve également des principes juridiques reconnus par toutes les nations comme moyen d'obtenir que les souffrances ne restent pas impunies. Elles sont en effet l'occasion de rappeler l'égalité des personnes. Celle-ci comporte des applications variables. C'est le principe qui garantit l'efficacité des poursuites pénales[120], l'égale protection des sujets de droit[121], le droit à un recours effectif[122], le fondement de la liberté et de la justice[123] et la non-discrimination devant les cours de justice[124].

Sur un plan strictement judiciaire, le droit pénal est le droit de la responsabilité individuelle. Bien que la mise en place des tribunaux pénaux internationaux ne porte pas préjudice à la mise en œuvre de la responsabilité des États[125], on s'accorde avec le Tribunal de Nuremberg

---

115 Voir Yann Jurovics, *Réflexions sur la spécificité du crime contre l'humanité*, Paris, LGDJ, 2002 à la p 15.

116 *Rapport de sa quarante-huitième session*, *supra* note 113 à la p 27.

117 Voir le *Statut de Rome*, *supra* note 11, préambule au para 2.

118 *Eichmann c Israël (PG)*, (1961), CS Israël, Appel crim n° 336/61, Audience d'appel n° 7 au para 12(f).

119 Édouardo Greppi, « La Cour pénale internationale et le droit international » dans Mario Chiavario, dir, *La justice pénale internationale entre passé et avenir*, Paris, Milan ; Dalloz, Giuffrè Editore, 2003, 81 à la p 82.

120 Voir Michel Danti-Juan, *L'égalité en droit pénal*, Paris, Cujas, 1987.

121 Voir la *Déclaration universelle des droits de l'Homme*, Rés AG 217(III), Doc off AG NU, 3e sess, supp n° 13, Doc NU A/810 (1948) 71, art 1, 7 ; *Déclaration française des Droits de l'Homme et du Citoyen*, 1789, art 6.

122 Voir *Déclaration universelle des droits de l'Homme*, *supra* note 121, art 8. Milano, *supra* note 46 à la p 1060 : « Le déni [de] justice auquel aboutit l'invocation d'une immunité est, en effet, en totale contradiction avec le droit à une protection juridictionnelle effective garanti par de nombreux instruments internationaux ».

123 Voir le *PIDCP, supra* note 16, préambule au para 1.

124 Voir *ibid*, art 14(1) ; *Statut du TPIY*, *supra* note 8, art 21(1) ; *Statut du TPIR*, *supra* note 8, art 20(1).

125 Voir *Le Procureur c Anto Furundija*, IT-95-17/1-T, Jugement (10 décembre 1998) au para 142 (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre de première instance), en ligne : TPIY <http://www.icty.org/> [*Furundija*].

sur le fait que « [c]e sont des hommes, et non des entités abstraites, qui commettent les crimes dont la répression s'impose, comme sanction du droit international »[126]. Par conséquent, tout auteur d'un acte qui constitue un crime de droit international est responsable de ce chef et passible de châtiment[127]. Les tribunaux pénaux internationaux affirment ainsi n'avoir compétence qu'à l'égard des individus[128].

Plus marquante juridiquement que l'égalité et le principe de responsabilité individuelle est sans doute la consécration de la théorie des normes impératives de droit international qui englobe l'interdiction de commettre des actes de la nature des crimes internationaux. C'est en vertu de cette considération que le TPIY a décidé en 1995 que le besoin universel de justice exprimé par les droits de l'homme est au-dessus de la souveraineté à laquelle se rattachent les immunités. Le Tribunal de La Haye déclare : « Ce serait une parodie du droit et une trahison du besoin universel de justice si le concept de la souveraineté de l'Etat pouvait être soulevé avec succès à l'encontre des droits de l'homme »[129]. Un tribunal américain saisi d'une affaire impliquant l'invocation de l'immunité affirmait en 1999 que les normes impératives invalident les autres règles de droit international :

> [*T*]*he supremacy of jus cogens extends over all rules of international law; norms that have attained the status of jus cogens "prevail over and invalidate international agreements and other rules of international law in conflict with them"*[130].

2. La consécration juridique

Contrairement à la poursuite des gouvernants devant les tribunaux étrangers, le principe de l'irrecevabilité de la qualité officielle devant les tribunaux internationaux a connu une affirmation moins controversée. La mise en œuvre contestée de cette règle dès le procès de Guillaume II à la

---

[126] Tribunal Militaire International, *Procès des grands criminels de guerre devant le Tribunal militaire international, Nuremberg, 14 novembre 1945-1er octobre 1946*, Washington (DC), Government Printing Office, 1949 à la p 235.

[127] Voir *Principes du droit international consacrés par le statut du tribunal de Nuremberg et dans le jugement de ce tribunal, 1950,* reproduit dans *Annuaire de la Commission du droit international*, vol II, New York, Nations Unies, 1950 [*Principes 1950*].

[128] Voir *Statut de Rome*, *supra* note 11, art 25(1), (2).

[129] *Le Procureur c Dusko Tadic*, IT-94-1, Arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence (2 octobre 1995) au para 58 (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre d'appel), en ligne : TPIY <http://www.icty.org>.

[130] *Siderman de Blake v Argentina*, 965 F (2d) 699 (9e Cir 1992) à la p 716.

fin de la guerre de 1914-1918[131] nous oblige à retracer ses origines coutumières seulement à la fin de la Seconde Guerre mondiale au cours des procès de Nuremberg[132] et de Tokyo[133]. L'une et l'autre juridiction ont rejeté la défense d'immunité fonctionnelle ou diplomatique[134] avancée par les accusés.

En ce qui concerne les immunités fonctionnelles, les tribunaux militaires à Nuremberg diront :

> Le principe du droit international qui, dans certaines circonstances, protège les représentants d'un Etat, ne peut pas s'appliquer aux actes condamnés comme criminels par le droit international. Les auteurs de ces actes ne peuvent invoquer leur qualité officielle pour

---

131 Au lendemain de la première guerre mondiale, la commission sur la responsabilité des auteurs de la guerre écrit, dans son rapport présenté à la conférence préliminaire de Versailles de 1919 pour la conclusion de la paix : « *All persons belonging to enemy countries, however high their position may have been, without distinction of rank, including Chiefs of States, who have been guilty of offences against the laws and customs of war or the laws of humanity, are liable to criminal prosecution* ». Commission on the Responsibility of the Authors of the War and on Enforcement of Penalties, « Report Presented to the Preliminary Peace Conference » (1920) 14 : 1 Am J Int'l L 95 à la p 117. Les États-Unis s'opposaient car, prétendaient-ils, les chefs d'États n'ont de responsabilité que politique et seulement devant l'État de leur nationalité. Les articles 228 à 229 du *Traité de Versailles* sur la poursuite des criminels de guerre ne firent ainsi aucune mention de la qualité officielle. En 1919 on ne peut pas parler de coutume de l'irrecevabilité de l'invocation de la qualité officielle.

132 Voir « Statut du Tribunal militaire international » dans *Accord concernant la poursuite et le châtiment des grands criminels de guerre des Puissances européennes de l'Axe*, 8 août 1945, 82 RTNU 279, art 7 : « La situation officielle des accusés, soit comme chefs d'État, soit comme hauts fonctionnaires, ne sera considérée ni comme une excuse absolutoire, ni comme un motif de diminution de la peine ».

133 La défense d'immunité et d'ordre de la loi ou du supérieur est rejetée par l'article 6 de la Charte constitutive du Tribunal Militaire International pour l'extrême-orient (19 janvier 1946, Tokyo, art 6) :

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

134 Sur la défense d'immunité diplomatique découlant de sa qualité d'ambassadeur du Japon à Berlin, l'accusé OSHIMA se vit répondre :

> *Diplomatic privilege does not import immunity from legal liability, but only exemption from trial by the Courts of the State to which an Ambassador is accredited. In any event this immunity has no relation to crimes against international law charged before a tribunal having jurisdiction »*

Bernard Victor Aloysius Röling, C F Rüter, The Tokyo Judgment: the International Military Tribunal for the Far East (IMTFE), 29 April 1946-12 November 1948, vol 1, Amsterdam, Amsterdam University Press, 1977 à la p 456.

> se soustraire à la procédure normale ou se mettre à l'abri du châtiment[135].

Depuis ces décisions, les principes de Nuremberg n'ont cessé d'être consolidés au fil de conventions internationales pertinentes[136]. Repris par les statuts des tribunaux actuels[137], cette règle a finalement été consacrée par le TPIY comme l'expression du droit international coutumier[138]. Il convient cependant d'examiner les problèmes que suscite la formulation de ce principe ainsi que ses effets en droit interne.

En effet, les articles 7(2) du *Statut du TPIY* et 6(2) du *Statut du TPIR* affirment que : « La qualité officielle d'un accusé, soit comme chef d'État ou de gouvernement, soit comme haut fonctionnaire, ne l'exonère pas de sa responsabilité pénale et n'est pas un motif de diminution de la peine »[139]. À première vue, il est entendu par *responsabilité pénale* et *accusé* le rejet de l'invocation de l'immunité de fond et non de l'immunité diplomatique. Peut-on par conséquent envisager que le statut diplomatique constitue un obstacle à l'examen de la responsabilité pénale ? En d'autres termes, si un tribunal pénal international a le droit de juger les actes d'un gouvernant en exercice, peut-il au préalable

---

135 *Furundija*, *supra* note 125 à la p 234.

136 Voir *Loi du Conseil de contrôle*, n°10 du 20 décembre 1945, art II(4)(a) ; CICR, *Confirmation des principes de droit international reconnus par le statut de la Cour de Nuremberg*, Rés AG 95 (I) du 11 décembre 1946 ; *Convention du crime de génocide*, *supra* note 17, art IV ; *Principes 1950*, *supra* note 127, principe III ; *Convention internationale sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid*, 30 novembre 1973, 1015 RTNU 243, art III.

137 Voir *Statut du TPIY*, *supra* note 8, art 7(2) ; *Statut du TPIR*, *supra* note 8, art 6(2). Lors de la mise en œuvre de ces TPI ad hoc, les États dans leur ensemble étaient favorables à cette disposition. Voir : « Annexe » dans *Lettre datée du 16 février 1993*, adressée au *Secrétaire général par le représentant permanent de l'Italie*, Doc off CS NU, 17 février 1993, Doc NU S/25300, art 5(1) ; « Annexe » dans *Lettre datée du 31 mars 1993, adressée au Secrétaire général par les représentants de l'Arabie Saoudite, de l'Égypte, de la République islamique d'Iran, de la Malaisie, du Pakistan, du Sénégal et de la Turquie*, Doc off CS NU, 5 avril 1993, Doc NU S/25512, art II(2) ; « Annexe » dans *Lettre datée du 5 avril 1993, adressée au Secrétaire général par la représentante permanente des États-Unis d'Amérique auprès de l'Organisation des Nations Unies*, Doc off CS NU, 12 avril 1993, Doc NU S/25575, art 11(c) ; « Annexe » dans *Lettre datée du 5 avril 1993, adressée au Secrétaire général par le représentant permanent de la Fédération de Russie auprès de l'Organisation des Nations Unies*, Doc off CS NU, 6 avril 1993, Doc NU S/25537, art 14(3) ; *Lettre datée du 10 février 1993, adressée au Président du Conseil de Sécurité par le représentant permanent de la France auprès de l'Organisation des Nations Unies*, Doc off CS NU, 10 février 1993, Doc NU S/25266.

138 Voir *Furundija*, *supra* note 125 au para 140 ; *Le Procureur c Slobodan Milosevic*, IT-99-37-PT, Décision relative aux exceptions préjudicielles (8 novembre 2001) aux para 28-33 (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre de première instance), en ligne : TPIY <http//www.icty.org>.

139 *Statut du TPIY*, *supra* note 8, art 7(2) ; *Statut du TPIR*, *supra* note 8, art 6(2).

procéder à son arrestation pendant qu'il demeure encore en fonction ? La réponse à cette question n'est pas évidente.

En pratique, le problème se pose dans la mesure où un État ne remettra pas facilement ses gouvernants à la justice internationale et lorsqu'un autre État est sollicité pour procéder à une arrestation. Ce dernier peut être porté à faire prévaloir ses rapports interétatiques en reconnaissant au ressortissant étranger une immunité diplomatique. Slobodan Milosevic et Charles Taylor n'ont ainsi été déférés qu'après avoir quitté leurs fonctions, le premier ayant été remis au TPIY par le gouvernement de Belgrade et le second au Tribunal spécial pour la Sierra Leone (TSSL) par le gouvernement du Nigéria. Cette pratique conduirait par conséquent à limiter les effets de la règle puisqu'en fin de compte, la pratique s'apparente à l'exception qui s'applique devant les tribunaux étrangers, à savoir que leur compétence est reconnue seulement après que le gouvernant ait quitté sa charge officielle. La seule différence serait la possibilité qu'un mandat d'arrêt pèse sur la tête de la personne mise en cause devant le tribunal international, tandis que devant les tribunaux étrangers, pendant qu'un gouvernant est en fonction, la menace d'une arrestation est une contrainte qui viole son droit à l'immunité de juridiction criminelle.

En réalité, le choix pour un État de faire prévaloir ou non le statut diplomatique du gouvernant étranger va dépendre de la nature du lien de coopération qu'il entretient avec le tribunal pénal international.

En théorie, le statut diplomatique n'est pas opposable à un tribunal pénal international. Il s'agit d'une technique des relations interétatiques. Or les juridictions pénales internationales tendent à imposer un modèle supranational de relations avec les États. Elles ne sont donc pas tenues de respecter le principe des immunités qui relèvent du droit international public à l'égard des États parties à leurs statuts. D'ailleurs, la définition de la notion d'accusé par les tribunaux ad hoc autorise à penser que l'irrecevabilité de la qualité officielle est opposable dès l'arrestation lorsque les charges sont confirmées[140]. Dans un modèle comme celui de la CPI, une telle conclusion serait différente dans la mesure où la confirmation des charges qui confère au sujet le statut d'accusé a lieu après son arrestation et sa comparution initiale. Heureusement, la formulation de l'article 27 du *Statut de Rome* ne fait pas référence à

---

[140] Aux termes du *Règlement de procédure et de preuve* du TPIY, une personne accusée est « toute personne physique faisant l'objet, dans un acte d'accusation, d'un ou plusieurs chefs d'accusation confirmée conformément à l'article 47 du Règlement » (*Règlement de procédure et de preuve*, Doc off Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie NU, sess plén extra, Doc NU IT/32/Rev.44 (2009), art 2(A), « Accusé »).

l'irrecevabilité de l'invocation de la qualité officielle contre la seule personne accusée.

Aux termes de l'article 27, il est dit que « [l]es immunités ou règles de procédure spéciales qui peuvent s'attacher à la qualité officielle d'une personne, en vertu du droit interne ou du droit international, n'empêchent pas la Cour d'exercer sa compétence à l'égard de cette personne »[141]. Cette disposition suscite trois principales observations.

Premièrement, les immunités remises en cause sont assimilées à « des règles de procédure ». Selon l'interprétation restrictive ou extensive, on pourra définir ces règles comme comprenant l'arrestation (immunité diplomatique) ou en plus le jugement des actes de la personne (immunités fonctionnelles). L'interprétation extensive doit être encouragée. L'arrestation et l'examen de la responsabilité pénale sur le fond constituent en effet la mise en œuvre de règles de procédure pénale.

Deuxièmement, les immunités remises en cause sont celles qui peuvent « s'attacher à la qualité officielle d'une personne ». La conséquence est donc que l'immunité diplomatique qui avait tendance à subsister – en raison de la qualité officielle – lorsque les actes ne se rattachent plus à la fonction n'est pas opposable. On pourrait cependant se poser la question à savoir ce qu'il en est pour l'immunité des actes de fonction puisque celle-ci, au-delà de la qualité officielle du gouvernant, s'attache à la qualité souveraine de l'État qu'il représente. Autrement dit, la conception en droit des relations diplomatiques selon laquelle l'immunité de juridiction pénale est absolue en ce qui concerne les actes officiels est-elle pertinente en l'espèce ? La jurisprudence issue de Nuremberg invite à répondre par la négative. Il est indéniable que la qualité souveraine de l'acte est nécessairement reflétée dans la qualité officielle du gouvernant. La responsabilité pénale résulterait de ce qu'à l'instar des transactions commerciales, on ne saurait considérer la violation des droits de l'homme résultant des actes de l'État comme des actes de souveraineté. La responsabilité individuelle est par conséquent imputée à l'auteur quoique ses actes soient reconnus comme valides et conformes au droit interne[142].

Cependant, dans l'affaire *Blaskic,* le TPIY maintient une distinction incohérente entre actes privés et actes officiels. En effet, le Tribunal affirme qu'il ne peut prononcer des injonctions contraignantes à l'endroit

---

[141] *Statut de Rome*, *supra* note 11, art 27.

[142] Voir Joyner, *supra* note 74 à la p 161. Cette idée trouve meilleure expression dans d'autres principes de droit pénal selon lesquels la défense de l'ordre du supérieur hiérarchique ou de la loi n'est pas recevable comme moyen de défense. Voir par ex *Statut de Rome*, *supra* note 11, art 33.

des responsables officiels d'un État « pour une action qui n'est pas privée mais entreprise au nom d'un État »[143]. Pourtant, plus loin, le Tribunal affirme au sujet des crimes de guerre, des crimes contre l'humanité et du génocide que « les responsables de ces crimes ne peuvent invoquer l'immunité à l'égard des juridictions nationales ou internationales, même s'ils ont commis ces crimes dans le cadre de leurs fonctions officielles »[144].

Troisièmement, l'article 27 peut avoir un champ d'application plus large que la remise en cause de l'immunité diplomatique (arrestation) et fonctionnelle (jugement). Par les termes « n'empêchent pas la cour *d'exercer sa compétence* »[145], on peut l'étendre au rejet de l'immunité testimoniale (témoignage) qui résulterait du statut officiel d'un témoin. En outre, la Cour n'a pas à attendre une procédure de levée d'immunités[146], puisque l'article 27 en constitue une suppression expresse[147].

En tout état de cause, le modèle de coopération de la CPI avec les États limite considérablement la portée de l'article 27. Cette limitation est le fait de l'article 98 du *Statut de Rome* qui permet à un État de ne pas faire droit à une demande de coopération de la cour impliquant la remise d'une personne jouissant d'immunités, lorsque cette remise conduirait l'État à agir de façon contraire à ses obligations internationales[148].

Il faut lire dans cette disposition une prise en compte par le droit international pénal des obligations des États en vertu du droit international public. Tandis qu'on peut être porté à voir dans l'article 98 l'invalidation de l'article 27, il serait approprié d'envisager une conciliation par une interprétation utile des deux dispositions. La coexistence dans le même texte du *Statut de Rome* de deux obligations

---

143 *Le Procureur c Tihomir Blaskic,* IT-95-14, Arrêt relatif à la requête de la République de Croatie aux fins d'examen de la décision de la Chambre de première instance II rendue le 18 juillet 1997 (29 octobre 1997) au para 38 (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre d'appel), en ligne : TPIY <http//www.icty.org> [*Blaskic*]. La Chambre d'appel poursuit : « les responsables officiels des États ne peuvent subir les conséquences des actes illicites que l'on ne peut leur attribuer personnellement mais qui sont imputables à l'État au nom duquel ils agissent : ils jouissent d'une immunité dite fonctionnelle » (*ibid*).

144 *Ibid* au para 41.

145 *Statut de Rome*, *supra* note 11, art 27.

146 Voir Otto Triffterer, « Article 27: Irrelevance of Official Capacity » dans Otto Triffterer, dir, *Commentary of the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers' Notes, Article by Article*, Baden-Baden, Nomos, 1999, 501.

147 Voir Sarah Williams et Lena Sherif, « The Arrest Warrant for President al-Bashir: Immunities of Incumbent Heads of State and the International Criminal Court » (2009) 14 : 1 J Confl & Sec L 71 à la p 77.

148 *Statut de Rome*, *supra* note 11, art 98.

contradictoires conduirait à une absurdité, surtout lorsque l'application de l'article 98 violerait le but et les objectifs du traité.

La technique de l'interprétation utile envisagerait la conciliation dépendamment de la participation ou non des États concernés par la coopération au *Statut de Rome*. S'il s'agit d'une simple remise de son ressortissant à la Cour, l'État obligé ne saurait invoquer une règle d'immunité. Par contre, dans un cas où un État obligé est sollicité par la Cour pour remettre le gouvernant en exercice d'un autre État, le sort de la coopération dépendra de l'interprétation de la notion d'État tiers prévue à l'article 98. S'il s'agit de l'État tiers à la coopération, mais partie au *Statut de Rome*, la cohérence normative voudrait que l'acceptation de l'article 27 ne soit contredite par l'article 98. Si par contre l'État tiers n'est pas partie au *Statut* de la Cour, l'application de l'article 98 trouverait explication dans la nature conventionnelle des obligations en vertu du *Statut de Rome*[149].

En effet, le modèle de coopération de la CPI est fortement interétatique, un peu au sens de la coopération judiciaire classique. Ce n'est donc pas une coopération contraignante au sens d'un organe supranational qui peut imposer une obligation aux États Membres. Or on retrouve cet aspect dans la constitution des tribunaux pénaux internationaux ad hoc. Formés par le Conseil de sécurité, ils bénéficient de l'effet contraignant des décisions de l'organe politique principal des Nations Unies, étant eux-mêmes des organes subsidiaires. Il s'agit non seulement du caractère contraignant des décisions en vertu du Chapitre VII, mais également de la primauté des engagements en vertu de la *Charte des Nations Unies* dans son ensemble sur tout autre engagement des États[150]. La subordination du *Statut* de la CPI à la *Charte* implique que les États parties continuent de reconnaître aux États Membres de l'ONU, qui n'en sont pas parties, leur droit à l'égalité souveraine inscrit dans la *Charte*. Ces considérations expliquent en partie la mise en œuvre mitigée du principe de l'irrecevabilité de la qualité officielle des gouvernants en exercice devant les tribunaux pénaux internationaux.

B. Une mise en œuvre mitigée

La poursuite des gouvernants en exercice devant les tribunaux pénaux internationaux est l'objet d'une double limitation qui affaiblit considérablement la pertinence du principe. D'une part, son champ d'application matérielle est limité à certains crimes (B.1) et d'autre part à certaines juridictions pénales internationales (B.2).

---

149 *Ibid* à la p 86.

150 Voir *Charte*, *supra* note 15, art 103.

1. Une limitation à certains crimes

Au sujet de la limitation du champ d'application fondée sur l'absence de compétence matérielle, l'irrecevabilité de la qualité officielle des gouvernants en exercice devant les tribunaux pénaux internationaux concerne un nombre circonscrit de crimes. Par conséquent, d'autres crimes que l'on peut juger odieux et attentatoires aux valeurs de la communauté internationale risquent l'impunité absolue s'ils sont le fait de gouvernants en exercice. Cet état des choses pose le problème des critères à utiliser pour évaluer ce qui constitue des atteintes aux droits de la personne punissables par les mécanismes de répression internationaux.

Pour ce qui est de l'analyse de la compétence matérielle des tribunaux pénaux internationaux, il doit d'abord s'agir de crimes de *jus cogens,* entendus d'un point de vue de la répression pénale comme des crimes dont « *the characterization* [...] *places upon states the* obligatio erga omnes *not to grant impunity to the violators of such crimes* »[151]. Cela dit, c'est précisément dans la détermination de la façon dont ces crimes acquièrent le statut de normes impératives que le débat est âpre. D'après Bassiouni, l'émergence d'un crime de *jus cogens* a été soulignée par la doctrine comme étant dépendante des principaux facteurs suivants : une *opinio juris* reflétant le caractère coutumier des crimes en droit international, le langage des préambules de convention internationale qui indique le statut élevé de ces crimes en droit international, le grand nombre d'États participant aux instruments juridiques y relatifs et les poursuites pénales internationales ad hoc de leurs auteurs[152]. Pour Bassiouni cependant, deux critères, dont un seul peut suffire, sont essentiels, à savoir si les crimes en question menacent la paix et la sécurité de l'humanité et s'ils choquent la conscience de l'humanité[153].

À la lumière de ces critères, les crimes qui ont atteint le statut de normes impératives de droit international peuvent s'étendre au-delà des crimes de guerre, des crimes contre l'humanité et du génocide. Pourtant, la répression internationale actuelle se limite à cette catégorie, à l'exception du Tribunal spécial pour le Liban qui juge des crimes de terrorisme. Même si on ajoute aux critères de Bassiouni celui de la gravité particulière des crimes et le fait qu'ils impliquent souvent une politique étatique – critères repris par le *Statut* de la CPI – il faut reconnaître que leur répression par des organes internationaux devant lesquels les immunités ne seraient pas invocables dépend d'un critère plus

---

151 M Cherif Bassiouni, « International Crimes: *Jus Cogens* and *Obligatio Erga Omnes* » (1996) 59 : 4 Law & Contemp Probs 63 à la p 66 [Bassiouni, « International Crimes »].

152 *Ibid* à la p 68.

153 *Ibid* à la p 69.

fondamental, à savoir la volonté politique ou, plus prosaïquement, la souveraineté des États.

Sur cette question, il convient de souligner que l'articulation de la compétence, d'un point de vue institutionnel, entre les tribunaux pénaux internationaux et les juridictions nationales peut constituer un effet de limitation non négligeable. La primauté des juridictions ad hoc du Rwanda et de l'ex-Yougoslavie comporte des effets bénéfiques que n'induit pas nécessairement la complémentarité de la CPI, à moins d'une interprétation étendue de la notion[154]. Tel que ce modèle est formellement conçu dans le *Statut*, à savoir qu'en cas de manque de volonté ou d'incapacité de poursuivre de la part d'un État, la situation ou l'affaire serait recevable devant la Cour, on peut se demander si l'éventualité que l'institution internationale prenne le relais impliquera un effet horizontal de l'irrecevabilité de la qualité officielle[155]. Autrement dit, la Cour pourra-t-elle décider que le défaut de poursuivre en raison de l'obstacle d'immunités de juridiction pénale est un cas de manque de volonté ou d'incapacité ?

En l'espèce, une réponse affirmative ne serait pas inappropriée. En réalité, le principe de la complémentarité ne pourra trouver parfaite expression que dans la mesure où la répression nationale et internationale repose sur des principes cohérents. Or force est de constater que dans les lois nationales de mise en œuvre du *Statut* de la CPI, l'article 27, dans les rares cas où il en est fait mention, n'est qu'imparfaitement repris[156]. La France, la Belgique et d'autres pays ont

---

154 La CPI interprète le principe de complémentarité pour l'instant comme lui permettant d'avoir compétence à l'égard d'une situation ou d'une affaire en cas de simple inaction de l'État normalement compétent : « en l'absence d'action de la part d'un État, la Chambre n'est pas tenue d'analyser le manque de volonté ou l'incapacité ». CPI, *Situation en République démocratique du Congo, Affaire Le Procureur c Thomas Lubanga Diylo,* ICC-01/04-01/06, Décision relative à la décision de la Chambre préliminaire I du 10 février 2006 et à l'inclusion de documents dans le dossier de l'affaire concernant M Thomas Lubanga Dyilo (24 février 2006) au para 40 (Cour pénale internationale, Situation en République démocratique du Congo, Chambre préliminaire I), en ligne : Hague Justice Portal <http://www.haguejusticeportal.net>. Cette interprétation *a contrario* de l'article 17, dont la compatibilité avec la lettre du texte peut être discutable, permettrait selon la doctrine d'envisager que la Cour se saisisse d'une affaire en cas de « disharmonie » entre le Statut et le droit interne. Les immunités seraient un cas d'incohérence. Voir Aktypis, *supra* note 109.

155 On ne peut pas invoquer l'irrecevabilité de la qualité officielle prévue au statut de la CPI ou d'une juridiction pénale internationale devant un tribunal de droit interne : voir *ibid* à la p 33). Voir aussi Salmon, *supra* note 25 à la p 514.

156 La Nouvelle-Zélande, par exemple, prévoit que la qualité officielle ne l'empêchera pas de remettre une personne à la CPI, à l'exception des cas où la Cour a elle-même conclu à l'existence d'un conflit avec l'article 98 ou, nonobstant la demande de la Cour, le Ministre de la Justice a déterminé qu'il y avait des raisons de ne pas remettre la

certes revu le statut pénal de leurs gouvernants avant la ratification du *Traité de Rome*, mais leur immunité devant leurs tribunaux lorsqu'ils exercent leurs fonctions demeure la règle. Toutefois, il faut reconnaître au crédit de la complémentarité qu'elle sera un renfort certain du principe *aut dedere aut judicare* applicable en matière de crimes internationaux dans le cas de deux États parties au *Statut* de la CPI. Le caractère facultatif de la compétence universelle fréquemment invoquée par les États se trouvera considérablement édulcoré.

2. Une limitation à certaines juridictions pénales internationales

Il résulte du *dictum* de la CIJ dans l'affaire *Yerodia* que l'irrecevabilité de la qualité officielle ne peut être opposée que devant *certaines juridictions pénales internationales*[157]. C'est en tout cas ce qui a été plaidé par la défense de Charles Taylor devant le Tribunal Spécial pour la Sierra Leone en 2004[158]. Elle a prétendu en effet que contrairement au *TPIR/TPIY* et à la CPI, le TSSL ne pouvait être considéré comme *certaines juridictions pénales internationales* devant lesquelles l'invocation de la qualité officielle n'est pas un moyen de défense.

Le débat portait principalement sur le mode de création des tribunaux internationaux. Des trois générations de juridictions pénales internationales, les tribunaux mixtes, à la différence des tribunaux ad hoc, ont fait l'objet de simples recommandations du Conseil de sécurité, après quoi un accord entre l'ONU et le gouvernement de la Sierra Leone a permis sa création[159]. Cet accord relève certes du droit international et autorise la juridiction à prétendre à un tel statut[160], mais les obligations qu'il impose, selon la défense, n'ont pas la portée d'un engagement en

---

personne demandée : *International Crimes and International Criminal Court Act 2000* (N-Z), 2000/26, art 31, 66. En Australie, une consultation est nécessaire entre la Cour et le Ministre de la Justice pour s'assurer que la remise n'impliquera pas que l'Australie manque à ses engagements envers un État étranger : *International Criminal Court Act 2002* (Cth), art 12.

157 *Mandat d'arrêt, supra* note 10 au para 60. « [*T*]*his statement is obiter dictum, as the ICJ was not required to determine the immunity applicable before an international criminal tribunal* » : Williams et Sherif, *supra* note 147 à la p 75.

158 *The Prosecutor v Charles Ghankay Taylor*, SCSL-2003-01-I, Decision on immunity from jurisdiction (31 mai 2004) (Tribunal spécial pour la Sierra Leone, Chambre d'appel), en ligne : TSSL <http://www.sc-sl.org> [*Taylor*].

159 En ce qui concerne le TSSL, la résolution 1315 du Conseil de sécurité demande au Secrétaire général des Nations Unies de « négocier un accord avec le Gouvernement sierra-léonais en vue de créer un tribunal spécial indépendant » : Rés CS 1315, Doc off CS NU, 55e sess, 4186e séance, Doc NU S/Res1315 (2000) à la p 2.

160 *Taylor*, *supra* note 158 aux para 37-42.

vertu du Chapitre VII ou en vertu du *Statut de Rome*[161]. Par conséquent, il n'y avait pas lieu, comme l'a fait la chambre, de confirmer les dispositions du statut du TSSL écartant la défense d'immunité à l'encontre d'un gouvernant dont l'État n'était pas partie à l'accord instituant le tribunal[162].

La Chambre d'appel du TSSL a rejeté d'un trait cet argument, estimant de façon discutable que « [*t*]*he Agreement between the United Nations and Sierra Leone is* […] *an agreement between all members of the United Nations and Sierra Leone* »[163]. Cet argument comporte toutefois un vice fondamental. La Chambre d'appel du TSSL tire la conclusion de l'irrecevabilité de la qualité officielle de chef d'État du seul caractère international du Tribunal. L'arrêt de la CIJ faisant référence, à titre non exhaustif, au *TPIR/TPIY* et à la CPI, en utilisant l'adverbe « certaines » donne à penser que le caractère international n'est pas un critère suffisant[164]. La juridiction internationale en question doit être compétente.

À cet égard, bien que le TSSL possède les chefs de compétence nécessaires pour exercer ses fonctions à l'égard de ressortissants étrangers auteurs de crimes en Sierra Leone, le problème juridique fondamental est celui de savoir si, sans la participation du Libéria, le gouvernement sierra léonais et l'ONU peuvent conclure un accord international écartant les immunités d'un chef d'État tiers. La Chambre d'appel en répondant par l'affirmative a délibérément fait abstraction de la personnalité juridique propre des Nations Unies[165]. Le rejet de l'immunité de Charles Taylor était donc dépourvu de bases juridiques

---

161 Il faut noter à ce sujet que dans la phase de mise en œuvre du TSSL, son président et le Secrétaire général ont sollicité sans succès que le Conseil de sécurité place l'institution sous le Chapitre VII de la Charte. Voir *Rapport du Secrétaire général sur l'établissement d'un Tribunal spécial pour la Sierra Leone*, Doc off CS NU, 55e sess, Doc NU S/2000/915 au para 10 ; Sarah M H Nouwen, « The Special Court for Sierra Leone and the Immunity of Taylor: The *Arrest Warrant* Case Continued » (2005) 18 : 3 Leiden J Int'l L 645 aux pp 648-49.

162 Voir *Taylor*, *supra* note 158 au para 53 : « [*T*]*he official position of the Applicant as an incumbent Head of State at the time when these criminal proceedings were initiated against him is not a bar to his prosecution by the Special Court for Sierra Leone* ».

163 *Ibid* au para 38.

164 William A Schabas, « The Special Tribunal for Lebanon: Is a "Tribunal of an International Character" Equivalent to an "International Criminal Court"? » (2008) 21 : 2 Leiden J Int'l L 513.

165 Nouwen, *supra* note 161 à la p 657. Voir aussi Dapo Akande, « International Law Immunities and the International Criminal Court » (2004) 98 : 3 Am J Int'l L 407 à la p 417 : « *It makes little difference whether the foreign states seek to exercise this judicial jurisdiction unilaterally or through some collective body that the state concerned has not consented to* ».

solides. Le TSSL n'aurait en réalité pas pu trouver de meilleur argument que le critère imprécis selon lequel la CIJ, en employant l'expression « certaines juridictions pénales internationales », faisait référence aux juridictions créées avec l'implication de la communauté internationale[166].

D'une part, il n'était pas possible de prétendre le consentement du Libéria à ce que Charles Taylor soit remis à la justice pénale internationale alors qu'il était encore dans l'exercice de ses fonctions. L'acceptation du Libéria est venue longtemps après son inculpation, c'est-à-dire après la violation de son droit à l'immunité. D'autre part, il était possible d'envisager une motivation fondée sur la nature de crimes de *jus cogens* imputés à Charles Taylor. Mais là encore, un écueil se hissait de nouveau. En agissant de la sorte, le TSSL aurait attribué une forme de compétence universelle au TSSL, ce qui serait de toute façon inacceptable sans le consentement du Libéria en vertu de l'affaire *Yerodia*. La Chambre d'appel a reconnu très vite cette difficulté en décidant que la nature du tribunal est le critère fondamental permettant de déterminer si l'immunité est applicable ou non à un gouvernant en exercice pour crimes internationaux[167]. Mais en plus de la nature, il aurait fallu soit (i) la participation du Libéria à l'accord créant le TSSL, soit (ii) une création ou une attribution de pouvoirs d'organe subsidiaire du Conseil de sécurité ou (iii) attendre la cessation des fonctions de chef d'État avant son inculpation.

Ainsi qu'on peut le voir, la mise en œuvre du principe de l'irrecevabilité de la qualité officielle se heurte à des questions juridiques importantes, en plus d'autres considérations politiques. Le cas du TSSL et de Charles Taylor nous informe par ailleurs des difficultés que connaîtra la CPI si elle décidait d'inculper les gouvernants en exercice d'États tiers. Même la compétence universelle telle qu'on l'envisageait à Rome ne serait pas suffisante. Il faudrait alors nécessairement un renvoi du Conseil de sécurité en vertu du Chapitre VII[168]. Dans le cas Bashir, président en exercice du Soudan inculpé en 2008[169], la conformité au droit international

---

166 La Chambre d'appel a déduit l'implication de la communauté internationale des recommandations du Conseil de sécurité prises dans l'exercice de ses fonctions de maintien de la paix en vertu de l'article 24. Le problème demeure cependant de savoir comment quantifier l'implication de la Communauté internationale. Voir Nouwen, *supra* note 161 à la p 657.

167 *Taylor*, *supra* 158 au para 49.

168 Nouwen, *supra* note 161 à la p 656.

169 *Situation in Darfur, Sudan, The Prosecutor v Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, ICC-02/05-01/09, Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir (4 mars 2009) (Cour pénale internationale, Situation au Darfour, Chambre préliminaire I), en ligne : Hague Justice Portal <http://www.haguejusticeportal.net>.

d'un mandat d'arrêt délivré contre un chef d'État en exercice d'un pays qui n'est pas partie au *Statut de Rome* ne devrait pas se poser[170].

Conclusion

L'état du droit sur la responsabilité pénale des gouvernants en exercice pour crimes internationaux demeure fortement politisé. Les seules évolutions en la matière sont celles que le droit international public concède d'une part et récupère d'autre part. La politisation se trouve à la fois dans le refus de la possibilité de mettre en cause la responsabilité pénale devant un tribunal étranger et dans l'acceptation du contraire devant un tribunal pénal international compétent.

Cet état des choses traduit le dilemme entre deux valeurs fondamentales : la souveraineté, garante de la stabilité des relations internationales, et la lutte contre l'impunité des crimes qui touchent la communauté internationale dans son ensemble. Le compromis actuel, qui permet qu'un gouvernant en exercice soit poursuivi devant une juridiction pénale internationale, est d'une portée relative.

L'espoir de pouvoir engager des poursuites pénales devant un prétoire international est en effet terni en raison de l'incertitude du résultat promis par le texte qui écarte la défense fondée sur la qualité officielle. Par conséquent, très peu de gouvernants en exercice ont fait l'objet de poursuites devant les juridictions pénales internationales. Quand bien même celles-ci ont, en toute indépendance, émis un mandat d'arrêt contre un gouvernant en exercice, l'exécution de ce mandat doit généralement attendre la cessation des fonctions officielles. Dans les meilleures circonstances, à l'instar des cas de Slobodan Milosevic et de Charles Taylor, un environnement politique international favorable peut faciliter les choses[171]. Dans des contextes plus tendus, comme au Darfour, les

---

[170] La Chambre préliminaire I dans la décision sur le mandat d'arrêt contre le Président Bashir déclare : « [*T*]*he Chamber considers that the current position of Omar Al Bashir as Head of a state which is not a party to the Statute, has no effect on the Court's jurisdiction over the present case* » : *ibid* au para 41. Voir aussi Williams et Sherif, *supra* note 147 aux pp 71-92.

[171] À noter qu'à l'exception de Charles Taylor, les gouvernants traduits devant les instances internationales n'ont généralement pas insisté sur leur qualité officielle au moment des faits. Le premier ministre du gouvernement intérimaire rwandais au moment du génocide qui a plaidé coupable devant le TPIR ne fit aucune allusion à sa qualité officielle : *Le Procureur c Jean Kambanda*, ICTR-97-23-S, Jugement portant condamnation (4 septembre 1998) (Tribunal pénal international pour le Rwanda, Chambre de première instance I), en ligne : TPIR <htpp://69.94.11.53>. Dans le cas Milosevic, la question fut évoquée dans une requête préliminaire par les *amici curiæ* de l'accusé sans que ce dernier n'en fasse un point de procédure essentiel : Michael P

chances de succès sont particulièrement minimes. De cet état de chose, nous avançons trois propositions.

D'abord, abordons la compétence universelle. Ce principe confère à un État le pouvoir d'étendre sa compétence juridictionnelle à toute personne présumée responsable de la commission de crimes internationaux, bien que ceux-ci ne se soient pas produits sur son territoire ou à l'égard de ses ressortissants[172]. L'esprit de cette règle est la solidarité de tous les États dans la répression des infractions qui touchent aux valeurs de la communauté internationale dans son ensemble[173]. Il ne s'agit pas de la protection des intérêts individuels d'un État, comme l'illustre le fait que la compétence n'est pas rattachée à la territorialité de l'infraction ou à la nationalité des victimes. L'État qui exerce la compétence universelle, à l'image d'une juridiction pénale internationale, le fait pour le compte d'un groupe d'États et non à son titre seul[174]. Pour cette raison, l'irrecevabilité de l'immunité de juridiction pénale devant les tribunaux pénaux internationaux doit aussi s'appliquer lorsqu'un État exerce la compétence universelle en vertu d'une convention spécifique[175].

La proposition de renforcer le rôle des juridictions pénales internationales au détriment de la compétence universelle, dans la mesure où ces deux techniques visent le même but, mais où la seconde est source de controverses[176], connaît une limite importante. Elle est louable pour la mise en œuvre de la responsabilité pénale des gouvernants en exercice, mais la limitation de la compétence des tribunaux internationaux à ces seules personnes est susceptible de favoriser l'impunité des auteurs de rang secondaire.

Deuxièmement, il est nécessaire de renforcer l'obligation internationale que les États contractent afin de prévenir et de réprimer

---

Scharf, Slobodan Miloševic et William Schabas, *Slobodan Milosevic on Trial : A Companion*, New York, Continuum, 2002 à la p 105.

172 Gabriel Bottini, « Universal Jurisdiction After the Creation of the International Criminal Court » (2003-2004) 36 : 2-3 NYU Int'l L & Pol 510 ; Theodor Meron, « International Criminalization of Internal Atrocities » (1995) 89 : 3 AJIL 554 à la p 570.

173 M Cherif Bassiouni, « Universal Jurisdiction for International Crimes: Historical Perspectives and Contemporary Practice » (2001) 42 : 1 Va J Int'l L 81 à la p 88.

174 Joyner, *supra* note 74 à la p 165.

175 La doctrine considère que la CIJ a manqué l'occasion de « transposer ces règles, élaborées dans le cadre de la répression internationale des crimes internationaux, au niveau de la répression nationale » : Milano, *supra* note 46 à la p 1064.

176 Voir Bottini, *supra* note 172 à la p 514 : « *Some of the most important objections that have been raised against universal jurisdiction, such as possible bias, due process violations, or intervention in the internal affairs of other states, are not present or have completely different dimensions in cases involving international jurisdiction* ».

les crimes internationaux. En effet, alors que l'interdiction de commettre ces crimes est érigée en norme coutumière et impérative de droit international[177], l'obligation de poursuivre prévue dans de nombreuses conventions ne l'est pas. Il en est de même de l'obligation corollaire de coopération à cette fin. La plupart des États préfère exécuter ces obligations à leur discrétion. L'effectivité de la répression exige qu'il soit reconnu à ces obligations un caractère *erga omnes*. Telle est la position des auteurs tel Bassiouni pour qui « obligatio erga omnes *pertains to the legal implications arising out of a certain crime's characterization as* jus cogens »[178]. On peut partager avec lui l'opinion selon laquelle la reconnaissance d'une norme impérative implique un devoir et non une faculté, car autrement le *jus cogens* ne serait pas une norme impérative de droit international[179]. Même si les décisions prononcées par la CIJ ne concernent pas toutes des crimes internationaux au sens strict, plusieurs d'entre elles établissent que l'obligation *erga omnes* est une conséquence résultant d'une norme de *jus cogens*[180]. Toutefois, la CIJ est allée à l'encontre des auteurs qui soutiennent que le caractère *erga omnes* de l'obligation confère la compétence[181] en décidant que les obligations en matière des droits de l'homme, bien que *erga omnes*, n'accordent pas aux États la compétence pour protéger les victimes de leurs violations sans égard à leur nationalité[182].

---

177 Cette affirmation est moins certaine en ce qui concerne les crimes de guerre. Toutefois, une partie importante de la doctrine pense que les crimes de guerre font partie des normes impératives de droit international. Pour Bassiouni, les nombreux statuts de tribunaux internationaux qui incorporent ces crimes sont la preuve de son caractère de norme impérative. Bassiouni, « International Crimes », *supra* note 151 à la p 68 ; Joyner, *supra* note 74 à la p 168.

178 Bassiouni, « International Crimes », *supra* note 151 à la p 63.

179 *Ibid* à la p 65. Parmi les obligations *erga omnes* découlant du caractère de norme impérative des crimes internationaux, Bassiouni énonce l'obligation de poursuivre ou d'extrader, l'imprescriptibilité, la compétence universelle la plus large (indépendamment du lieu de la commission, du statut des auteurs, des victimes ou du contexte de paix ou de guerre) et par-dessus tout l'obligation de ne pas accorder l'impunité à leurs auteurs. *Ibid* aux pp 65-66.

180 Voir *Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* : *Avis consultatif*, [1951] CIJ rec 15 ; *Affaires du Sud-Ouest Africain (Éthiopie c Afrique du Sud, Libéria c Afrique du Sud*), [1962] CIJ rec 319 ; *Affaire de la Barcelona Traction, Light and Power co Ltd, (Belgique c Espagne),* [1970] CIJ rec 3 à la p 48 [*Barcelona Traction*].

181 Rosalyn Higgins, « The General International Law of Terrorism » dans Rosalyn Higgins et Maurice Flory, dir, *Terrorism and International Law*, London, Routledge, 1997, 13 à la p 24.

182 *Barcelona Traction, supra* note 180 à la p 47. Voir aussi *Congo*, *supra* note 98 aux para 69-70.

Naturellement, comme il reviendrait à des autorités légitimes[183] de prendre une décision à cet effet, une critique peut être formulée à l'endroit des déboires du principe de compétence universelle : la pratique des États en la matière n'est pas encore dense et constante et leur sentiment d'être lié par une règle n'est pas suffisamment formé et établi.

La troisième et dernière proposition offre une piste de contournement. Elle suppose un engagement politique fort de la communauté internationale et, plus précisément, du Conseil de sécurité des Nations Unies. Comme les États-Unis ont pu le faire, brandissant des menaces sérieuses pour obtenir la remise de Slobodan Milosevic ou de Charles Taylor, le Conseil de sécurité des Nations Unies doit pouvoir établir qu'un défaut de coopérer avec la répression de crimes internationaux constitue une menace à la paix et à la sécurité internationale pouvant justifier la prise de mesures politico-diplomatiques ou militaires à l'égard d'un État membre de l'ONU. Une telle décision serait d'autant plus cohérente que le Conseil a établi par sa pratique constante que les violations massives de droits de l'homme constituent des menaces à la paix et à la sécurité internationale[184]. Le refus de coopérer à la répression de tels actes constituerait aussi, à plus forte raison, une telle menace.

---

[183] « Il s'agit de la question du pouvoir normatif d'autant plus important à considérer en l'occurrence que cette opération de détection de la coutume est habituellement menée, soit par des organes chargés par les États de la codification, soit par le juge international dans le cadre de la *juridictio* » : Maurice Kamto, « Quand la coutume sort du bois ... » dans Paul Tavernier et Jean-Marie Henckaerts, dir, *Droit international humanitaire coutumier : enjeux et défis contemporains*, Bruxelles, Bruylant, 2006, 11 à la p 12.

[184] Le Conseil de sécurité fait constamment référence à la formule suivante pour justifier son recours aux mesures du Chapitre VII (*Charte*, *supra* note 15) : « le fait de prendre délibérément pour cible des civils et d'autres personnes protégées et de commettre des violations systématiques, flagrantes et généralisées du droit international humanitaire et des droits de l'homme en période de conflit armé peut constituer une menace contre la paix et la sécurité internationales ». Voir Aurélio Viotti, « In Search of Symbiosis: The Security Council in the Humanitarian Domain » (2007) 89 : 865 Int'l Rev Red Cross 131 aux pp 144-45.