



Assemblée générale

Distr. générale
31 mars 2008
Français
Original : anglais

Commission du droit international

Soixantième session

Genève, 5 mai-6 juin et 7 juillet-8 août 2008

Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État

Mémoire du Secrétariat



Résumé

Établie par le Secrétariat à la demande de la Commission du droit international, la présente étude a pour but de faciliter l'examen par la Commission du sujet intitulé « Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État ». Passant en revue les principales questions juridiques en jeu, telles qu'elles ont été traitées par les auteurs classiques et les juristes contemporains, l'étude tient compte de l'évolution récente du droit pénal international, pour autant qu'elle a pu infléchir la notion d'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État.

Le champ de l'étude est triplement circonscrit. *Premièrement*, elle traite des seules immunités des personnes ayant la qualité de représentants de l'État; à l'exclusion des autres personnes, comme les agents d'organisations internationales, qui peuvent aussi jouir d'immunités en droit international. L'étude ne s'intéresse pas non plus à certaines catégories de représentants de l'État, tels les diplomates et agents consulaires, dont les privilèges et immunités obéissent à des règles ayant déjà fait l'objet de codification. Il y est cependant fait référence au régime de leurs immunités chaque fois qu'il y a lieu, notamment lorsqu'il est possible d'en tirer des éléments propres à éclairer certaines questions sur lesquelles la pratique à l'égard des personnes dont traite l'étude est peu fournie. *Deuxièmement*, l'étude se limite à l'immunité de juridiction *pénale*, et ne traite pas des autres formes d'immunité, notamment celle de juridiction civile. Néanmoins, des éléments de la pratique suivie par les États dans l'exercice de leur juridiction civile, y compris leur jurisprudence, ont été retenus dès lors qu'ils pouvaient éclairer les débats sur certains aspects du régime juridique des immunités de juridiction pénale. *Enfin*, l'étude porte sur l'immunité de juridiction pénale *étrangère*, à savoir l'immunité dont jouissent les représentants d'un État devant les autorités d'un État étranger, et non sur les immunités qui peuvent leur être reconnues dans leur propre État, ou devant les juridictions internationales (cours ou tribunaux). Toutefois, elle envisage sous l'angle historique l'immunité de la juridiction des tribunaux internationaux dans la mesure où son évolution présente un intérêt pour la définition du régime de l'immunité de juridiction pénale étrangère.

L'étude comprend deux parties. La première donne, d'un point de vue essentiellement historique, un aperçu général du contexte dans lequel la notion d'immunité des représentants de l'État a pris corps et dans lequel cette immunité a été invoquée. Elle s'articule en quatre sections. La section A est un essai de définition de l'expression « représentants de l'État ». La section B est un exposé général de la notion de juridiction ou compétence – notamment de juridiction pénale, qui est intimement liée à celle d'immunité. La section C est consacrée à l'étude du concept d'immunité dans ses diverses acceptions. Une place particulière y est faite aux immunités diplomatiques et au principe de l'immunité de l'État, enfin de mieux cerner le champ d'investigation de l'étude; on y trouve aussi un rappel de la manière dont la Commission a traité de la question de l'immunité du souverain et du chef d'État lorsqu'elle a élaboré le projet d'articles relatif aux immunités juridictionnelles des États et de leurs biens. La section C aborde aussi des notions telles que le principe de non-justiciabilité et l'acte de gouvernement, qui semblaient être liées à la question de l'immunité – du moins à certains égards – en ce que leur invocation peut faire échec à l'exercice de la compétence judiciaire dans un différend auquel un État étranger ou l'un de ses représentants est partie. Enfin, la section D retrace l'évolution du droit qui a conduit à traiter de questions d'immunité dans le contexte de l'émergence de cours ou tribunaux pénaux internationaux.

Consacrée aux questions de fond, la deuxième partie comporte trois sections. Elle expose les éléments constitutifs et la portée concrète de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État, tels qu'ils ressortent des traités, de la pratique des États (notamment la législation et la jurisprudence internes), de la jurisprudence internationale et de la doctrine. Cette partie s'ordonne autour de la distinction, semble-t-il largement admise, entre immunité *ratione personae* et immunité *ratione materiae*.

La section A traite de questions touchant l'immunité *ratione personae*. Cette immunité, qui semble englober tant les actes accomplis à titre officiel que les actes privés, y compris ceux antérieurs à l'entrée en fonctions de l'intéressé, bénéficie aux seuls titulaires de postes relevant de la haute hiérarchie de l'État – principalement les chefs d'État ou de gouvernement, et éventuellement d'autres personnalités, tels les ministres des affaires étrangères, à qui la Cour internationale de Justice a reconnu l'immunité *ratione personae* dans son jugement en l'affaire du *Mandat d'arrêt*. Cette section traite des personnes pouvant prétendre à l'immunité, notamment de la détermination de leur qualité, de l'incidence possible de la reconnaissance ou de la non-reconnaissance de tel État ou gouvernement sur la mise en jeu de l'immunité *ratione personae*, des cas où l'immunité *ratione personae* joue (notamment de la question de savoir si l'immunité joue lorsque la personne en cause se trouve à titre privé sur le territoire d'un État étranger), du cas particulier des chefs d'État en exil, ainsi que de la reconnaissance éventuelle de l'immunité *ratione personae* aux membres de la famille et à l'entourage des personnalités qui en jouissent. Cette section examine aussi la question de savoir si l'immunité *ratione personae* est susceptible d'exception lorsque l'infraction présumée constitue un crime de droit international. Bien que la Cour internationale de Justice, en l'affaire du *Mandat d'arrêt*, ait nié l'existence d'une telle exception à l'immunité de juridiction pénale étrangère du ministre des affaires étrangères en exercice, et que certains éléments de la pratique des États – y compris la jurisprudence interne – semblent aller dans le même sens que les conclusions de la Cour, certains auteurs envisagent des exceptions, notamment dans les cas où la reconnaissance de l'immunité *ratione personae* entraînerait un risque grave d'impunité.

La section B traite de l'immunité *ratione materiae*, à savoir l'immunité qui s'attache aux actes accomplis par les représentants de l'État dans l'exercice de leurs fonctions et non à titre privé. Plusieurs questions y sont étudiées, notamment : les critères de distinction entre actes officiels et actes privés; le régime des actes *ultra vires*; la question de l'intérêt de la distinction entre *acta jure imperii* et *acta jure gestionis*; celle de savoir si les actes accomplis par les représentants de l'État sur le territoire d'un État étranger sont aussi couverts par l'immunité *ratione materiae*; enfin, la question de savoir si cette immunité s'étend à certaines personnes, notamment aux anciens représentants de l'État, aux représentants d'États ou de gouvernements non reconnus et aux représentants d'États qui ont cessé d'exister. La section B envisage ensuite la question de savoir si une exception à l'immunité *ratione materiae* est désormais admise lorsque les actes en cause caractérisent des crimes de droit international. Afin d'éclairer cette question, on s'intéresse à certains aspects de l'évolution récente du droit pénal international (notamment le principe qui veut désormais que les fonctions officielles de l'auteur d'un crime au regard du droit international ne l'exonèrent pas de sa responsabilité pénale), de même qu'à la jurisprudence interne et internationale et aux débats de doctrine sur la raison d'être, la nature et la portée éventuelle d'une telle exception. Enfin, la section B traite

d'éventuelles exceptions à l'immunité *ratione materiae* à raison des crimes de portée internationale non encore érigés en crimes au regard du droit international.

La section C porte sur les questions de procédure liées à la mise en jeu de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État. Plusieurs questions y sont traitées, dont l'invocation et la reconnaissance de l'immunité, les effets juridiques de la mise en jeu de l'immunité (notamment la relation entre l'immunité de juridiction, l'immunité d'exécution et l'inviolabilité, la question de la reconnaissance de l'immunité à des représentants de l'État qui ne sont pas personnellement accusés d'une infraction, et la détermination des actes de procédure auxquels la reconnaissance de l'immunité fait obstacle). Cette section aborde aussi des questions relatives à la renonciation à l'immunité, notamment la forme de la décision dont elle procède, qui peut être expresse ou implicite, l'autorité compétente pour procéder à cette renonciation et ses effets juridiques. La pratique des États étant quasi inexistante en la matière, on invoque souvent les solutions retenues dans le cas des immunités diplomatiques ou celui de l'immunité des États.

Table des matières

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
I. Introduction	1–4	8
II. Première partie. Historique et contexte : questions de définition posées par la portée de l'étude et évolution de la matière	5–87	10
A. Représentants de l'État	5–6	10
B. La notion de juridiction	7–14	11
1. Juridiction pénale	9–12	13
2. Coopération internationale aux fins de l'exercice de la compétence pénale	13–14	18
C. La notion d'immunité et les questions connexes	15–66	19
1. Les différents types d'immunité	17–33	20
a) Immunités diplomatiques et immunité du souverain et du chef d'État	19	21
b) Fondements théoriques des immunités	20–23	22
c) Les immunités en droit interne	24–26	23
d) Immunité du souverain ou du chef d'État et immunité de l'État ..	27–33	24
2. Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens	34–47	26
a) Examen par la Commission du projet d'article 25 proposé par le Rapporteur spécial Sompong Sucharitkul	37–41	28
b) Examen en deuxième lecture du projet d'article 4 par la Commission	42–44	30
c) Questions en suspens	45–47	32
3. Autres modalités d'exemption de la compétence judiciaire	48–66	35
a) Non-justiciabilité	49–52	35
b) Théorie de l'« acte de gouvernement »	53–66	36
D. Responsabilité pénale individuelle et levée de l'immunité	67–87	41
1. Juridiction pénale internationale	70–73	42
2. Examen des Principes de Nuremberg par la Commission	74–76	45
3. Examen du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité par la Commission	77–83	47
4. Statut de Rome de la Cour pénale internationale	84–87	49

III. Deuxième partie. Champ d'application et mise en œuvre de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État	88–269	55
A. Immunité <i>ratione personae</i>	94–153	61
1. Individus couverts.	96–136	61
a) Chefs d'État	99–117	63
i) Comment déterminer si telle entité a la qualité d'État souverain.	105–106	68
ii) Comment déterminer si telle personne a la qualité de chef d'État.	107–108	69
iii) Rôle de la reconnaissance d'État et de gouvernement	109	71
iv) Non-pertinence de la présence sur le territoire de l'État du for.	110	74
v) Chef d'État en mission spéciale	111	76
vi) Chef d'État en exil.	112–113	77
vii) Membres de la famille et membres de l'entourage	114–117	78
b) Chefs de gouvernement et ministres des affaires étrangères.	118–131	81
i) Comment déterminer si tel individu est chef de gouvernement ou ministre des affaires étrangères	130	89
ii) Les membres de la famille et les membres de l'entourage	131	89
c) Autres hauts représentants de l'État	132–136	89
2. Actes couverts.	137–140	93
3. Exceptions possibles, fondées sur la nature de la conduite criminelle	141–153	97
B. Immunité <i>ratione materiae</i>	154–212	106
1. Actes « officiels » et actes « privés »	155–165	107
a) Considérations d'ordre général	155–161	107
b) Actes officiels accomplis sur le territoire d'un État étranger	162–165	112
2. Personnes couvertes par l'immunité <i>ratione materiae</i>	166–179	114
a) Catégories de représentants de l'État	166–169	114
b) Anciens représentants de l'État.	170–173	118
c) Représentants ou anciens représentants d'États ou de gouvernements non reconnus	174–177	120
d) Représentants d'un État qui a cessé d'exister	178–179	121
3. Exceptions possibles, fondées sur la nature de la conduite criminelle	180–212	122
a) Crimes de droit international.	180–207	122
i) Actes ne bénéficiant pas de l'immunité parce que « non officiels »	191–192	130

ii) Exclusion de l'immunité <i>ratione materiae</i> en tant qu'exception consacrée par le droit international	193–207	133
b) Autres crimes d'importance internationale	208–212	144
C. Aspects procéduraux	213–269	145
1. Invocation de l'immunité	215–225	146
a) L'immunité doit-elle être invoquée et, dans l'affirmative, par qui?	215–219	146
b) Moment où l'immunité est invoquée; examen du cas	220–225	149
2. Détermination de l'immunité	226–229	152
3. Effets juridiques de l'immunité de juridiction pénale étrangère	230–245	156
a) Distinction entre immunité de juridiction et immunité d'exécution	230–236	156
b) Immunité du représentant de l'État qui n'est pas lui-même accusé d'infraction pénale	237–241	161
c) Actes auxquels l'immunité fait obstacle	242–245	165
4. Renonciation à l'immunité	246–269	169
a) Forme de la renonciation	250–264	171
i) Renonciation expresse	251–255	171
ii) Renonciation implicite à l'immunité	256–264	175
b) Autorité compétente pour renoncer à l'immunité	265–268	182
c) Effets juridiques de la renonciation à l'immunité	269	184
Annexe		
Bibliographie		186

I. Introduction*

1. Face à la criminalité née des déplacements transfrontières de millions d'individus dans un monde interdépendant, le modèle de compétence pénale issu du système de l'État-nation du traité de Westphalie, modèle fondé sur les principes d'indépendance, d'égalité souveraine et de dignité des États, est l'arsenal dont dispose la communauté internationale pour poursuivre les auteurs de crimes. Comme en droit international classique, de nos jours encore, l'État tire de sa souveraineté territoriale, dans certaines limites, compétence à l'égard de la personne et des biens des étrangers qui se trouvent sur ses terres ou dans ses eaux¹. Le droit international classique reconnaît aussi à l'État, toujours dans certaines limites, compétence à l'égard des actes commis sur son territoire qui affectent tout État étranger ou ses sujets. Mais des règles et pratiques spéciales viennent cependant déroger au droit général qui appartient à l'État d'exercer sa compétence sur les étrangers et sur leurs biens². Autrement dit, certaines circonstances sont regardées comme conférant à l'État de nationalité compétence au-delà des limites de sa juridiction territoriale, notamment quand sont en cause ses nationaux ou leurs biens.

2. L'analyse du titre donné par la Commission au sujet de « L'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État » éclaire en partie le champ du sujet. Trois éléments essentiels se dégagent de prime abord : a) *ratione personae*, l'étude est circonscrite aux personnes qui ont la qualité de représentants de l'État; b) *ratione materiae*, elle porte sur leur immunité de la juridiction pénale; c) *ratione loci*, cette immunité s'exerce relativement à la juridiction étrangère. Ces dernières années, les affaires *Pinochet* et l'affaire *Mandat d'arrêt* ont attiré l'attention sur ce domaine du droit³ et sur la nécessité de lever toute incertitude touchant le régime

* À sa cinquante-huitième session (2006), la Commission du droit international a inscrit à son programme de travail à long terme, entre autres questions, le sujet intitulé « L'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État », *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante et unième session, Supplément n° 10* (A/61/10), par. 257. À sa cinquante-neuvième session (2007), la Commission a décidé que le sujet figurerait à son programme de travail et a nommé M. Roman A. Kolodkin Rapporteur spécial; *ibid.*, *soixante-deuxième session, Supplément n° 10* (A/62/10), par. 376. Elle a également prié le secrétariat de rédiger une étude de fond sur la matière; *ibid.*, par. 386.

¹ William Edward Hall, *A Treatise on International Law*, dir. publ. A. Pearce Higgins, 8^e éd. (Clarendon, Oxford University Press, Humphrey Milford Publisher to the University, 1924), par. 48.

² *Ibid.*, par. 48. L'article 2 du projet de déclaration sur les droits et les devoirs des États de 1949, l'affirme en ces termes :

« Tout État a le droit d'exercer sa juridiction sur son territoire ainsi que sur toutes les personnes et les biens qui s'y trouvent, sous réserve des immunités consacrées par le droit international. »

Annuaire de la Commission du droit international, 1949. Voir également la résolution 375 (IV) de l'Assemblée générale en date du 6 décembre 1949. Les *Annuaire*s de la CDI sont à consulter à l'adresse <http://www.un.org/law/ilc/index.htm>.

³ Chambre des Lords du Royaume-Uni : *Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet*, 24 mars 1999, reproduit dans *International Legal Materials*, vol. 38, 1999, p. 581 à 663 (« *Pinochet n° 3* »). *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* (*République démocratique du Congo c. Belgique*), *Arrêt, C.I.J. Recueil 2002*, p. 3 (« *Mandat d'arrêt ...* »).

d'immunité spécialement applicable aux dirigeants qui seraient responsables d'infractions graves⁴.

3. L'étude qui suit s'articule en deux parties. La première, qui campe le tableau général et le contexte dans lequel la question de l'immunité des représentants de l'État a surgi et dans lequel cette immunité a été invoquée, tente de cerner le champ d'investigation de l'étude en rappelant d'un point de vue essentiellement historique comment étaient traitées les questions d'immunité. Cette partie comprend quatre sections, les deux premières étant de caractère préliminaire. La section A tente de mettre en perspective l'expression « représentants de l'État », la section B présentant d'une manière générale la notion de juridiction, notamment de juridiction pénale, en raison des liens étroits qu'elle entretient avec celle d'immunité. Consacrée à l'étude de la notion d'immunité dans ses diverses acceptions, et de certains concepts connexes, la section C établit en particulier la distinction entre, d'une part, les immunités diplomatiques et les théories de l'immunité de l'État, et de l'autre, la matière de la présente étude. Elle donne également une idée générale de la manière dont la Commission a envisagé « l'immunité du souverain et du chef d'État » lorsqu'elle a élaboré son projet d'articles sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens. Elle présente en outre d'autres techniques que la mise en jeu des immunités de juridiction qui permettent d'éviter de trancher un différend mettant en cause un autre État ou le représentant d'un État étranger, dont l'invocation de la non-justiciabilité et de la théorie des actes de souveraineté. La section D, enfin, présente la manière dont les questions d'immunité ont été envisagées dans le contexte des efforts tendant à instituer une juridiction pénale internationale.

4. Traitant du fond, la deuxième partie s'articule en trois sections. Elle définit la portée et la mise en jeu de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État à la lumière des traités internationaux, des aspects pertinents de la pratique des États (y compris la législation et la jurisprudence internes), de la jurisprudence internationale et de la doctrine. Opérant une distinction entre immunité *ratione personae* et immunité *ratione materiae*, cette partie traite en sa section A des questions liées à l'immunité *ratione personae*, des personnes et des actes qui pourraient être couverts par cette immunité et des exceptions à celle-ci. Sa section B, consacrée à l'immunité *ratione materiae*, explique sur quoi elle porte (à la lumière notamment de la distinction entre actes officiels et actes privés), quelles personnes en bénéficient et quelles sont les éventuelles exceptions. La section C, qui s'intéresse aux aspects procéduraux, traite de l'invocation et de la reconnaissance de l'immunité, des effets juridiques de la mise en jeu de l'immunité de juridiction pénale étrangère et des questions suscitées par la levée de l'immunité.

⁴ Voir, par exemple, la résolution relative aux immunités de juridiction et d'exécution du chef d'État et de gouvernement en droit international, adoptée par l'Institut de droit international à sa session de Vancouver, en 2001; *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 69 (2000-2001), p. 742 à 755.

II. Première partie. Historique et contexte : questions de définition posées par la portée de l'étude et évolution de la matière

A. Représentants de l'État

5. Le droit international coutumier ne définit pas le « représentant de l'État » en tant que tel. Comme on le verra plus en détail dans la deuxième partie, on distinguera entre immunité *ratione materiae* et immunité *ratione personae*. Alors que l'immunité *ratione materiae* subsiste et peut être invoquée même après l'expiration du mandat de l'intéressé, la seconde survit jusqu'à cette expiration et reste attachée au représentant concerné⁵. Si le groupe des représentants de l'État qui jouissent de l'immunité *ratione materiae* s'étend en théorie aux titulaires de fonctions très diverses, d'ailleurs, selon une partie de la doctrine, l'immunité s'étend à la totalité des représentants de l'État⁶, celui des personnes pouvant prétendre à l'unanimité *ratione personae* semble plus restreint. On reviendra sur la taille de cette seconde catégorie de personnes dans la section A de la deuxième partie. Cela étant, on utilisera dans la première partie une définition pratique centrée sur les personnes couvertes par l'immunité « du souverain et du chef d'État » consacrée par le droit international classique, en marquant bien l'opposition avec les autres types d'immunité, l'immunité diplomatique et consulaire ou les immunités de l'État par exemple. Du point de vue de l'application du droit pénal, un certain nombre d'instruments illustrent cette approche restrictive. Premièrement, l'article 7 du Statut du Tribunal militaire international précise que la situation officielle des accusés, soit comme chefs d'État, soit comme hauts fonctionnaires, ne les exonère aucunement de leur responsabilité. En élaborant les principes de droit international consacrés par le statut du Tribunal de Nuremberg et dans le jugement de ce tribunal, la Commission a aligné le texte du Principe III sur celui de l'article 7 du Statut de Nuremberg, étant entendu que le terme retenu, « fonctionnaire », visait les fonctionnaires de haut rang investis d'une responsabilité réelle, alors que le Principe IV, où il est question des ordres du supérieur hiérarchique, vise des fonctionnaires aux responsabilités moins importantes⁷. De plus, « fonctionnaire » désigne le fonctionnaire responsable attaché au gouvernement de son pays. C'est pourquoi le Principe III utilise en anglais l'expression « responsable government official ». De son côté, l'article IV de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide range parmi les personnes pouvant engager leur responsabilité pénale

⁵ Voir *infra*, deuxième partie.

⁶ Voir *infra*, deuxième partie, al. B.2 a).

⁷ Compte rendu officiel de la quarante-sixième séance, 14 juin 1950, par. 93 à 102, *Annuaire ...* 1950, vol. I. Les Principes III et IV de droit international consacrés par le statut du Tribunal de Nuremberg et dans le jugement de ce tribunal se lisent comme suit :

« Principe III

Le fait que l'auteur d'un acte qui constitue un crime de droit international a agi en qualité de chef d'État ou de gouvernement ne dégage pas sa responsabilité en droit international.

Principe IV

Le fait d'avoir agi sur l'ordre de son gouvernement ou celui d'un supérieur hiérarchique ne dégage pas la responsabilité de l'auteur en droit international s'il a eu moralement la faculté de choisir. »

les « gouvernants, fonctionnaires et particuliers »⁸. Enfin, l'article I de la Convention sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques, définit les personnes en question comme les chefs d'État, les chefs de gouvernement et les ministres des affaires étrangères, et tout représentant, fonctionnaire ou personnalité officielle d'un État qui a droit conformément au droit international à une protection spéciale contre toute atteinte à sa personne, à sa liberté ou sa dignité⁹.

6. En thèse générale, le droit de la responsabilité des États pour fait internationalement illicite distingue, aux fins de l'attribution de responsabilité un groupe plus nombreux de fonctionnaires. En droit international, la conduite d'un organe de l'État est regardée comme celle de l'État, que l'organe en question exerce des fonctions législatives, exécutives, judiciaires ou autres, et quelles que soient sa position dans l'organisation de l'État et sa qualité d'organe central ou d'unité territoriale¹⁰. Dans son avis consultatif sur le *Différend relatif à l'immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme*, la Cour internationale de Justice a réaffirmé une règle de caractère coutumier bien établie qui veut que le comportement de tout organe de l'État soit considéré comme le fait de cet État¹¹. Comme « organe » désigne toute personne et toute entité auxquelles le droit interne de l'État reconnaît cette qualité, le terme « fonctionnaire de l'État » couvrirait, dans le contexte de la responsabilité de l'État, non seulement les personnes qui composent un organe officiel mais aussi les personnes et les entités qui exercent certains aspects de l'autorité publique. Il peut également désigner les personnes et les groupes de personnes qui agissent en fait sur instructions de l'État, sous sa direction ou sous ses ordres, et les personnes et les groupes de personnes qui exercent certains aspects de l'autorité publique en cas d'absence ou de défaillance des instances officielles¹². On s'arrêtera à la section B de la deuxième partie sur les questions qui relèvent de cette acception plus générale.

B. La notion de juridiction

7. Pour que l'immunité de la juridiction pénale étrangère puisse être invoquée au bénéfice d'un représentant de l'État, celui-ci doit être de prime abord justiciable d'un autre État. Dans l'affaire du Mandat d'arrêt, la Cour internationale de Justice a reconnu que d'un point de vue logique, on ne pouvait régler la question de l'immunité qu'après avoir tranché celle de la compétence¹³, même si la Cour elle-

⁸ Article IV de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 78, p. 277 : « Les personnes ayant commis le génocide ou l'un quelconque des autres actes énumérés à l'article III seront punies, qu'elles soient des gouvernants, des fonctionnaires ou des particuliers. »

⁹ Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1035, p. 167.

¹⁰ Voir par. 1 de l'article 4 des articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, *Annuaire ... 2001*, vol. II (deuxième partie), par. 76.

¹¹ *C.I.J. Recueil 1999*, par. 62.

¹² Voir, d'une manière générale, les articles 4 à 11 des articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, op. cit. par. 76.

¹³ *Mandat d'arrêt ...*, op. cit. note 3, par. 46. Dans leurs opinions individuelles respectives, M. Guillaume, membre de la Cour, a fait observer que « [...] la compétence des tribunaux est une question sur laquelle ceux-ci doivent se prononcer avant de s'interroger sur l'immunité des justiciables. On ne peut en d'autres termes bénéficier de l'immunité de juridiction que s'il y a juridiction » (par. 1); et M. Rezek, membre de la Cour, a dit que si la Cour avait d'abord

même a envisagé les questions d'immunité sans se prononcer sur la question de la compétence, déférant ainsi à la demande des parties. Dans tout système juridique, interne ou international, l'exercice par l'État de sa compétence est une manifestation de son pouvoir souverain; cette compétence est le moyen par lequel la loi devient fonctionnelle et peut en pratique être mise en mouvement¹⁴. Si on l'analyse, on voit qu'elle recouvre trois types de juridiction : a) la juridiction prescriptive; b) la juridiction exécutive; c) la juridiction judiciaire¹⁵. La séparation entre ces trois niveaux est très ténue¹⁶.

examiné la question de la compétence, elle aurait pu se dispenser de toute délibération sur la question de l'immunité (par. 10); M^{me} Higgins, M. Kooijmans et M. Buergenthal, membres de la Cour, ont déclaré dans leur opinion individuelle commune : « Qui dit "immunité" dit "immunité de juridiction". S'il n'y a pas de juridiction en principe, alors la question de l'immunité d'une juridiction qui autrement existerait ne se pose tout simplement pas [...]. Si la notion d'"immunité" dépend, en théorie, d'une compétence préexistante, un *corpus* de droit distinct s'applique à chacune des notions » (par. 3 et 4).

¹⁴ Covey T. Oliver, Edwin B. Firmage, Christopher L. Blakesley, Richard F. Scott et Sharon A. Williams, *The International Legal System: Cases and Materials* (Westbury, New York, Foundation Press, 1995), p. 133. Pour la compétence et la juridiction, les sources sont nombreuses : pour les sources anciennes, voir par exemple : Michael Akehurst, « Jurisdiction in International Law », *British Yearbook of International Law*, vol. 46 (1972-1973), p. 145; Frederik Alexander Mann, « The Doctrine of Jurisdiction in International Law », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. 111 (1964-I), p. 1; et Frederik Alexander Mann, « The Doctrine of Jurisdiction in International Law Revisited after twenty years », *ibid.*, vol. 186 (1984-III), p. 9.

¹⁵ a) La juridiction prescriptive implique évidemment la création de règles : l'État est habilité à rendre ses lois applicables à certaines personnes, certaines activités ou certaines circonstances; b) la juridiction exécutive signifie que l'État est habilité à faire appliquer la loi à l'encontre de certaines personnes, dans certaines circonstances ou pour certaines choses, à utiliser ses ressources pour inciter ou obliger à respecter ses lois, et à prévoir des remèdes en cas d'infraction; c) la juridiction judiciaire suppose l'autorité de soumettre certaines personnes, certains événements ou certaines choses au mécanisme des procédures judiciaires. Un jugement comporte une déclaration de droits et fait valoir des intérêts privés. Les trois types de juridiction sont souvent qualifiés en anglais de « legislative », « curial » et « executive ». D'une manière générale, voir American Law Institute, *Restatement of the Law: the Foreign Relations Law of the United States* (1987) (3^e éd.), note introductive et chap. 1 à 3.

¹⁶ D'une manière générale, voir Vaughan Lowe, « Jurisdiction », dans Malcolm D. Evans (dir. publ.), *International Law*, 2^e éd. (Oxford University Press, 2006), p. 335 à 360, qui divise son analyse entre juridiction prescriptive et juridiction exécutive. La juridiction judiciaire est réputée une élaboration de la juridiction exécutive. Un État fait appliquer ses lois en agissant par la procédure judiciaire et par d'autres moyens. Pourtant, la juridiction judiciaire n'est pas toujours exercée dans des situations et à des fins qui relèvent strictement de l'exécution. Oliver, Firmage *et al.*, *op. cit.*, p. 134. D'ordinaire, les questions qui relèvent de la juridiction judiciaire sont une émanation de ce qui a été prescrit. Une personne est jugée pour une infraction donnée parce qu'il existe une loi qui interdit le comportement qu'elle a adopté. Un État n'a pas juridiction exécutive sur son territoire s'il n'a pas à première vue juridiction prescriptive. Il convient d'insister sur le fait que la juridiction exécutive se limite en principe au territoire de l'État lui-même. Lorsqu'un État n'est pas en mesure d'exercer convenablement sa juridiction judiciaire à l'égard d'une personne qui se trouve sur son territoire, rien ne l'empêche d'obtenir l'exécution par d'autres moyens, notamment en sollicitant la coopération d'autres États qui pourraient être concernés ou avoir juridiction prescriptive, *ibid.*

8. Ces distinctions ont pourtant un intérêt pratique et juridique. Du point de vue de l'immunité, l'issue de telle question peut dépendre du fait de savoir si la juridiction dont il s'agit est prescriptive, judiciaire ou exécutive¹⁷. Les aspects procéduraux de la mise en jeu de cette compétence seront examinés à la section C de la deuxième partie.

1. Juridiction pénale

9. Le qualificatif de « pénal » ou « civil » ne rend peut-être pas exactement compte du niveau auquel l'État qui légifère peut exercer la prérogative qu'il a de maîtriser le comportement de telle ou telle personne¹⁸. Il en est sans doute ainsi lorsque des crimes de droit international ont donné lieu à des actions au civil devant des tribunaux internes. Dans les systèmes de tradition romaniste, le particulier peut se constituer partie civile à l'occasion de l'action pénale. Dans d'autres cas, une législation « civile », comme la législation antitrust, peut être pénale et répressive par ses effets¹⁹. La présente étude porte sur la « juridiction pénale étrangère ». Mais les différenciations formelles ne donnent peut-être pas une idée claire des questions à résoudre. En fait, la jurisprudence civile offre des cas de figure qui peuvent être par analogie pertinents en matière pénale et on a, le cas échéant, interrogé cette jurisprudence aux fins de la présente étude. Celle-ci n'en porte pas moins essentiellement sur les cas où telle personne peut être poursuivie dans une juridiction étrangère à raison de l'infraction criminelle dont elle est l'auteur²⁰.

10. Que le droit international considère que la juridiction pénale est d'ordinaire territoriale n'empêche pas la quasi-totalité des systèmes nationaux de l'étendre aux infractions extraterritoriales²¹. Le droit international retient cinq principes comme

¹⁷ La Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens de 2004 (voir *infra*, première partie, sect. C.2) fait une distinction entre immunité de jugement et immunité d'exécution (de mesures de contrainte).

¹⁸ D. W. Bowett, « Jurisdiction: Changing patterns of Authority over Activities and Resources », in Charlotte Ku et Paul F. Diehl (dir. publ.), *International Law: Classic and Contemporary Readings* (Colorado et Londres, Lynne Rienner Publishers Inc., 1998), p. 208.

¹⁹ Voir, par exemple, la loi américaine régissant la réparation du préjudice causé par un étranger ou subi par un étranger (*Alien Tort Claims Act*), adoptée en 1789, numéro de cote : 28 U.S.C. § 1350. Selon ce texte, « les tribunaux de district sont compétents en premier et dernier ressort à l'égard de toute action civile intentée par un étranger uniquement à raison d'un tort commis en violation du droit des gens ou d'un traité conclu par les États-Unis ».

²⁰ Dans l'affaire *Bouzari c. République islamique d'Iran* (2004), le requérant a notamment soulevé une exception de non-applicabilité de la loi canadienne sur l'immunité de l'État aux procédures pénales ou aux procédures ayant un caractère de procédure pénale; il a soutenu que la procédure par laquelle il était demandé réparation à l'Iran pour enlèvement, emprisonnement illégal, agression, torture et menaces de mort avait le caractère d'une procédure pénale parce qu'étaient réclamés des dommages punitifs qui avaient le caractère d'une amende. Le juge et la Cour d'appel de l'Ontario ont rejeté cet argument pour conclure que le recours ne pouvait être introduit que dans une procédure civile après attribution de la responsabilité civile et après octroi de dommages-intérêts. Si les dommages punitifs ont pour objet de dissuader, ils restent une réparation d'ordre civil; *Bouzari c. République islamique d'Iran*, Cour d'appel de l'Ontario, arrêt du 30 juin 2004, 243 D.L.R. (4th) 406 (2004).

²¹ La position du droit international à l'égard de l'exercice d'une compétence extraterritoriale est inspirée par le *dictum* de la Cour dans l'affaire du « Lotus » : « La territorialité du droit pénal n'est donc pas un principe absolu du droit international et ne se confronte aucunement avec la souveraineté territoriale ». *Affaire du « Lotus » (France c. Turquie)*, C.P.I.J. 1927, *Recueil des arrêts (Série A)*, n° 10, p. 19.

titres de la juridiction pénale : a) le *principe territorial*²²; b) le principe de *nationalité* (« personnalité active »)²³; c) le principe de la *personnalité passive*²⁴; d) le principe de *protection*²⁵; et e) le principe d'*universalité*²⁶. Ces titres de

²² a) Juridiction territoriale signifie que la compétence est fonction du lieu où l'infraction a été commise. Elle peut être *subjective* ou *objective*; dans le premier cas, elle vise l'incident qui a commencé sur le territoire de l'État mais s'est terminé à l'étranger; dans le deuxième, elle vise l'incident qui prend son origine hors du territoire de l'État mais s'achève à l'intérieur. Pour les travaux antérieurs sur le sujet, voir d'une manière générale Harvard Research in International Law, « Study on Jurisdiction with respect to crime, Draft convention with respect to crime », *American Journal of International Law*, vol. 29 (Supplément) (1935), p. 435 à 651.

²³ Le principe de nationalité trouve son fondement juridique dans l'existence d'une relation (*nexus*) personnelle entre la personne et l'État qui la poursuit, même si l'infraction a été commise à l'étranger.

²⁴ Le principe de la *personnalité passive* détermine la compétence en fonction de la nationalité de la personne lésée. « La compétence reposant sur la personnalité passive, considérée pendant si longtemps comme controversée, [...] ne rencontre aujourd'hui guère d'opposition, à tout le moins en ce qui concerne une catégorie particulière d'infractions », *Mandat d'arrêt* ..., op. cit., note 3, opinion individuelle commune de M^{me} Higgins, M. Kooijmans et M. Buergerthal, membres de la Cour, par. 47. Ce principe a trouvé un terrain particulier dans les instruments de lutte contre le terrorisme récemment adoptés.

²⁵ Le principe de *protection* fait reposer la compétence sur l'atteinte à un intérêt national par une infraction commise à l'étranger. L'importance accordée aux conséquences économiques subies sur le territoire de l'État, et non à tel ou tel aspect d'un comportement constaté sur ce territoire, distingue le principe de protection (« les effets ») sous sa forme pure de la juridiction territoriale objective. Lowe, op. cit. note 16, p. 345.

²⁶ Le principe d'*universalité* veut que la juridiction se détermine en fonction de la nature de l'infraction réputée de portée universelle, quel que soit le *locus delicti* et quelles que soient les nationalités de l'auteur et de la victime. La piraterie offre l'illustration la plus parfaite de ce cas de figure. Henry Wheaton, *Elements of International Law* (reproduction littérale de l'édition de 1866 par Richard Henry Dana, Jr., éditée et annotée par George Grafton Wilson) (Oxford, Clarendon Press, Londres, Humphrey Milford, 1936, fait valoir que « la raison pour laquelle un pirate *jure gentium* peut être capturé et jugé par n'importe quelle nation, quelle que soit la qualité nationale de l'intéressé ou du vaisseau à bord duquel, contre lequel ou à partir duquel l'acte est commis, tient à ce que cet acte est l'un de ceux sur lesquels toutes les nations ont égale compétence. », p. 124.

Il semble que la notion de compétence universelle soit également employée dans d'autres sens. Les classiques, les Grotius, Heineccius, Burlamaqui, Vattel, Rutherford, Schmelzing et Kent, auxquels s'opposaient Puffendorf, Voet, Martens, Klüber, Leyser, Kluit, Saalfeld, Schmaltz, Mittermeyer et Heffter, ont fait observer qu'il était possible de poursuivre les auteurs de certains crimes d'une particulière gravité non seulement dans l'État sur le territoire duquel ces crimes avaient été commis, mais aussi dans les pays où leurs auteurs avaient cherché refuge. Selon cette thèse, l'État est tenu d'arrêter, puis d'extrader ou de poursuivre, selon la règle *aut dedere aut judicare*. Voir Wheaton, *ibid.*, p. 115, note. Voir également l'opinion individuelle de M. Guillaume, membre de la Cour, dans *Mandat d'arrêt* ..., par. 3 à 12. On trouve cette idée exprimée dans plusieurs instruments multilatéraux récents, en particulier ceux qui portent sur le terrorisme international. La Convention de La Haye pour la répression de la capture illicite d'aéronefs (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 860, p. 105, dispose au paragraphe 2 de son article 4 : « Tout État contractant prend les mesures nécessaires pour établir sa compétence aux fins de connaître de l'infraction dans le cas où l'auteur présumé de celle-ci se trouve sur son territoire et où ledit État ne l'extrade pas conformément à l'article 8 vers l'un des États visés au paragraphe 1 du présent article », c'est-à-dire les États qui peuvent établir leur compétence selon la Convention. On trouve diverses variantes de cet article dans la Convention pour la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile, signée à Montréal en 1971 [art. 5 2)], Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 974, p. 177; la Convention de New York sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques de 1973 (art. 7), *ibid.*, vol. 1035, p. 167; la Convention

compétence ont été plus ou moins acceptés dans la pratique des États, mais tout État peut fonder sa compétence sur l'un quelconque ou plusieurs de ces principes. Ainsi, les diverses conventions de lutte contre le terrorisme offrent à l'État plusieurs titres sur lesquels il pourrait fonder sa compétence²⁷. Dans l'affaire *Eichmann*, Israël a

internationale de New York contre la prise d'otages de 1979 (art. 10), *ibid.*, vol. 1316, p. 127; la Convention de Vienne sur la protection physique et des matières nucléaires de 1980 (art. 8), *ibid.*, vol. 1456, p. 127; la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants [art. 7 1)], *ibid.*, vol. 1465, p. 85; la Convention de Rome pour la répression d'actes illicites contre la sécurité de la navigation maritime de 1988 [art. 10 1)], *ibid.*, vol. 1678, p. 221; la Convention de New York sur la sécurité du personnel des Nations Unies et du personnel associé de 1973 (art. 14), vol. 2051, p. 363; la Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif [art. 8 (1)], *ibid.*, vol. 2149, p. 256; la Convention pour la répression du financement du terrorisme [art. 10 (1)], résolution 54/109 de l'Assemblée générale; et la Convention internationale pour la répression des actes de terrorisme nucléaire (art. 11), résolution 59/290 de l'Assemblée générale. Voir également le projet de code des crimes adopté par la Commission du droit international en 1996 et le projet de convention générale sur le terrorisme international, actuellement négocié au Comité spécial créé par la résolution 51/210 (art. 11). Ces dispositions imposent à l'État, à un premier niveau, l'obligation d'établir sa compétence sur une base juridictionnelle précise ou sur une combinaison de fondements juridictionnels et, à un deuxième niveau, comblent les lacunes éventuelles en faisant obligation à l'État sur le territoire duquel l'auteur de l'infraction se réfugie d'extrader ou de poursuivre celui-ci. Ce cas de figure a été qualifié de juridiction quasi universelle, voir Malcolm N. Shaw, *International Law*, 5^e éd. (Cambridge, University Press, 2003), p. 598.

L'idée a été lancée qu'il existe une compétence universelle *in absentia*. Le principe qu'un État peut établir sa compétence à l'égard d'infractions commises à l'étranger par des étrangers contre des étrangers alors même que l'auteur ne se trouve pas sur son territoire, a été adopté par la Belgique – qui n'en a pas poursuivi le développement – dans *Mandat d'arrêt ...* Dans son opinion individuelle dans cette affaire, M. Guillaume, membre de la Cour, a déclaré que le droit international ne connaît qu'un seul véritable cas de compétence universelle, celui de la piraterie. La compétence universelle *in absentia* exercée par le tribunal d'un État où l'auteur d'une infraction ne se trouve pas, est inconnue du droit international (par. 12 et 13). Dans leur opinion individuelle commune, M^{me} Higgins, M. Kooijmans et M. Buergenthal, membres de la Cour, ont déclaré (par. 52) avec les auteurs publiés par Robert Jennings et Arthur Watts (dir. publ.) dans *Oppenheim's International Law*, 9^e éd. (Londres et New York, Longman, 1992), vol. 1, p. 998 que :

« Si l'on ne peut encore faire valoir aucune règle générale du droit international positif qui donne aux États le droit de punir des étrangers pour des crimes contre l'humanité de la même manière qu'ils sont, par exemple, habilités à punir les actes de piraterie, il existe des indications claires qu'un principe important du droit international se fait progressivement jour à cet effet. »

Récemment, des efforts ont été entrepris sur le plan scientifique pour préciser la portée et la signification de la compétence universelle. Voir par exemple, Association du droit international, *Rapport de la 69^e Conférence tenue à Londres du 25 au 29 juillet 2000* (Londres, 2000), p. 403 à 431. Voir également la Résolution relative à la compétence universelle en matière pénale à l'égard du crime de génocide, des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre adoptée par l'Institut de droit international à sa session de Cracovie en 2005; Institut, *Annuaire*, vol. 71, parties I et II, ainsi que les Principes sur la compétence universelle de Princeton (2001), à consulter à l'adresse : <http://www1.umn.edu/humanrts/instree/princeton.html>. Voir également Amnesty International, « Universal jurisdiction: the duty of States to enact and implement legislation », septembre 2001 (AI Index IOR53/002/2001).

²⁷ Voir, par ex., l'article 6 de la Convention pour la répression des attentats terroristes à l'explosif, article 7 de la Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme et l'article 9 de la Convention internationale pour la répression des actes de terrorisme nucléaire. Voir également l'alinéa 5 1) c) de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1465, p. 85. Selon la loi générale américaine de 1986 sur la sécurité corps diplomatique et la lutte contre le

tiré compétence du principe de la personnalité passive et des principes de protection et d'universalité²⁸. Modifier son droit pénal de fond pour le rendre compatible avec une obligation internationale ne suffit sans doute pas à conférer compétence à un tribunal interne si l'on n'apporte pas les modifications correspondantes – qu'exigerait l'ordre constitutionnel interne – aux lois pénales pour consacrer la compétence tirée de l'un des titres en question²⁹.

11. Des cinq principes susévoqués, le principe d'universalité est celui dont la mise en jeu à propos d'immunité a fait problème, l'argument parfois avancé étant que reconnaître une telle compétence reviendrait à priver effectivement l'immunité de sens dans le cas de certaines infractions³⁰. La question de savoir dans quelle mesure

terrorisme (*Omnibus Diplomatic Security and Antiterrorism Act*), 18 U.S.C., tuer, tenter de tuer, se concerter pour tuer ou causer des atteintes corporelles graves à un national des États-Unis en dehors du territoire des États-Unis est un délit criminel. Les poursuites de ce chef ne peuvent cependant être engagées que si l'Attorney General ou son représentant atteste que l'infraction dont il s'agit avait à son avis pour but de contraindre ou intimider un gouvernement ou une population civile ou d'exercer contre eux des représailles.

²⁸ Cour suprême (siégeant en appel), État d'Israël c. Adolf Eichmann, arrêt du 29 mai 1962, (1962) 16 Piske Din, p. 2033, version anglaise dans *International Law Reports*, vol. 36, p. 277 à 343. tribunal de district de Jérusalem, État d'Israël c. Adolf Eichmann, jugement du 12 décembre 1961, version anglaise dans *International Law Reports*, vol. 36, p. 5 à 276.

²⁹ Cour d'appel de Dakar (Chambre d'accusation), *Le Ministère public c. Hissène Habré*, arrêt n° 135 du 4 juillet 2000, disponible sur le site de Human Rights Watch à l'adresse <http://www.hrw.org/french/themes/habre-decision.html>; Cour de cassation, *Souleymane Guengueng et autres c. Hissène Habré*, arrêt n° 14 du 20 mars 2001, idem, http://www.hrw.org/french/themes/habre-cour_de_cass.html.

³⁰ Voir, par exemple, le principe 5 des Principes de Princeton sur la compétence universelle, 2001 : « Immunités pour ce qui est des crimes graves de droit international visées au paragraphe 1 du principe 2 [1) piraterie; 2) esclavage; 3) crimes de guerre; 4) crimes contre la paix; 5) crimes contre l'humanité; 6) génocide; 7) torture], la qualité officielle de l'accusé, qu'il s'agisse d'un chef d'État ou de gouvernement ou d'un agent de l'État responsable, ne l'exonère pas de sa responsabilité pénale et n'est pas un facteur d'atténuation de la peine ».

Pour des exemples de législation établissant la compétence universelle, voir l'article 8 de la loi canadienne sur les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre (2000, c. 24) :

« Compétence

[...]

8. La personne accusée d'avoir commis une infraction selon les articles 6 ou 7 peut être poursuivie à ce titre si :

a) À l'époque :

i) Soit elle-même est citoyen canadien ou employée au service du Canada à titre civil ou militaire;

ii) Soit elle-même est citoyen d'un État participant à un conflit armé contre le Canada ou est employée au service d'un tel État à titre civil ou militaire;

iii) Soit la victime est citoyen canadien;

iv) Soit la victime est ressortissant d'un État allié du Canada dans un conflit armé; ou

b) Soit après la commission de l'infraction, l'auteur se trouve au Canada. »

Voir également, à propos de l'Administration transitoire des Nations Unies au Timor oriental (ATNUTO) le règlement no 2000/15 du 6 juin 2000 portant création de chambres ayant compétence exclusive à l'égard des crimes graves :

« Section 2

Compétence

[...]

2.2 Aux fins du présent règlement, "compétence universelle" s'entend d'une compétence qui s'exerce indépendamment du fait :

l'établissement de sa compétence universelle par l'État influe sur l'immunité, en présence notamment de crimes de droit international, sera envisagée dans la deuxième partie³⁰.

12. Dans la présente étude, les expressions « crimes de droit international » et « crimes internationaux » seront utilisés indifféremment pour désigner les infractions pénales de nature particulièrement grave, dont le génocide, les crimes contre l'humanité, les crimes de guerre et la torture. On a soutenu que les « crimes de droit international » relevaient de la dernière des trois grandes composantes du droit pénal international, à savoir : a) les aspects internationaux du droit pénal interne³¹, b) les aspects pénaux du droit international³² et c) le droit pénal international *stricto sensu*. Il s'agit d'infractions pour lesquelles les règles du droit international retiennent directement la responsabilité pénale de l'individu³³. L'expression « crime international » a été historiquement employée par certains auteurs dans une acception signifiant le « crime contre le droit international » et l'infraction qui met l'auteur en rupture avec les lois de plus d'un État³⁴. Le vocable le « crime contre le droit international » devrait selon certains couvrir les « crimes de droit international » ainsi que les « infractions de portée internationale »³⁵. De son côté, en élaborant son projet de statut d'une cour pénale internationale, la Commission a apparemment retenu la distinction entre le crime au regard du droit international général (le « noyau dur ») et le crime au regard de certains traités (qu'on pourrait dire « conventionnel »)³⁶. Aux fins de la présente étude, les expressions « crimes de droit international » et « crimes internationaux » susceptibles de faire exception à l'immunité renvoient au crime au regard de droit international général ou crime « conventionnel »³⁷. Ces questions seront examinées

- a) Que le crime en question a été ou non commis sur le territoire du Timor oriental;
- b) Que le crime ait été ou non commis par un ressortissant du Timor oriental; ou
- c) Que la victime du crime ait été ou non un ressortissant du Timor oriental. »

³¹ Pour l'étude des problèmes que soulève un élément d'extranéité pénale (application transnationale du droit pénal interne), par ex. la mesure dans laquelle les tribunaux internes sont habilités à exercer leur compétence à l'égard de crimes extraterritoriaux, le choix du droit applicable ou la reconnaissance des jugements pénaux étrangers, voir Edward M. Wise et Ellen S. Podgor, *International Criminal Law: Cases and Materials* (New York, Matthew Bender & Co., 2000), p. 1.

³² Normes internationales de justice pénale, obligations imposées aux États quant au contenu de leur droit pénal interne, par ex. principes et règles de droit international qui exigent de l'État qu'il respecte les droits des personnes accusées ou soupçonnées de crimes, ou qu'il poursuive et les punisse, ou encore les « infractions de portée internationale », y compris les détournements et les prises d'otages; *ibid.*, p. 3.

³³ Droit applicable imposant la responsabilité pénale internationale, y compris pour les crimes directement interdits par le droit international, *ibid.*, p. 4 et 5.

³⁴ *Ibid.*, p. 496, citant John Fischer Williams, *Chapters on Current International Law and the League of Nations* (New York, Longmans, Green & Co., 1929), p. 243.

³⁵ *Ibid.*, p. 5.

³⁶ Projet de statut de la Cour pénale internationale avec commentaires, *Annuaire ... 1994*, vol. II (deuxième partie).

³⁷ La notion de « crime international » est utilisée dans le projet de traité d'assistance mutuelle rédigé par la Société des Nations en 1923 pour caractériser une guerre d'agression »; voir d'une manière générale le rapport du Rapporteur spécial, Ricardo J. Alfaro (A/CN.4/15 et Corr.1), *Annuaire ... 1950*, vol. II. Pour l'analyse de la notion de « crimes internationaux » sous l'angle de la responsabilité de l'État, voir le cinquième rapport sur la responsabilité de l'État de Roberto Ago, Rapporteur spécial (A/CN.4/291 et Add.1 et 2), *Annuaire ... 1976*, vol. II (première partie). La Commission a adopté en première lecture un certain article 19 sur les « crimes

plus avant dans la deuxième partie, en même temps que celle de savoir si d'autres infractions de portée internationale – abus de confiance, corruption ou détournement de biens publics nationaux – justifieraient cette éventuelle exception.

2. Coopération internationale aux fins de l'exercice de la compétence pénale

13. Établir sa compétence à l'égard de tel ou tel comportement n'est peut-être pas suffisant. À l'heure de la mondialisation, où l'Organisation des Nations Unies compte 192 États Membres, la coopération internationale est indispensable pour que la compétence puisse s'exercer effectivement et de manière efficace dans une juridiction étrangère. L'extradition et l'entraide judiciaire sont les mécanismes par lesquels les États coopèrent pour traduire en justice les auteurs d'infractions et les fugitifs. L'Organisation des Nations Unies n'a cessé d'attirer l'attention sur l'intérêt de la coopération internationale s'agissant de retrouver, d'arrêter, d'extrader et de punir ceux qui auraient commis une infraction, notamment un crime grave comme le génocide, un crime de guerre ou un crime contre l'humanité, encore qu'on ne puisse surestimer les problèmes que soulèvent l'obtention et l'échange d'informations et d'éléments de preuve ainsi que l'extradition³⁸.

14. Si la juridiction s'entend de l'exercice par un État de sa compétence législative, judiciaire ou répressive, l'immunité semble pouvoir se définir comme étant l'abstention de l'exercice de la juridiction, qui emporte l'impossibilité de faire valoir un droit légitime et opposable devant un tribunal compétent. Il importe toutefois de bien distinguer les règles qui régissent la compétence des tribunaux internes de celles qui régissent la juridiction à laquelle l'immunité permet de se soustraire. Ces règles procèdent en effet de normes bien distinctes du droit international, encore qu'évidemment, la question de l'immunité ne se pose que s'il y

internationaux » des États où il est fait une distinction avec les « délits internationaux ». Cette « pénalisation » du droit international a été controversée et a été mise à l'écart par l'utilisation de la notion de « violation grave des obligations dues à la communauté internationale dans son ensemble », voir d'une manière générale James Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries* (Cambridge, Cambridge University Press, 2002), p. 1 à 60.

³⁸ Voir la résolution 3074 (XXVIII) de l'Assemblée générale en date du 3 décembre 1973. Voir également la résolution 95 (I) du 11 décembre 1946, « Confirmation des principes de droit international reconnus par le statut de la Cour de Nuremberg »; la résolution 3 (I) du 13 février 1946, « Extradition et châtement des criminels de guerre »; ainsi que la résolution 170 (II) du 31 octobre 1947, intitulée « Extradition des criminels de guerre et des traîtres », ainsi que l'étude du Secrétaire général effectuée en application de l'arrestation, l'extradition et le châtement des auteurs de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité, ainsi que l'échange de documentation en la matière (E/CN.4/983 et Add.1 et 2, et A/8345). Voir en outre l'Étude analytique effectuée en application de la résolution 1691 (LII) du Conseil économique et social, « Principes de la coopération internationale en ce qui concerne le dépistage, l'arrestation, l'extradition et le châtement des individus coupables de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité » (A/8823). La Déclaration de la Conférence de Moscou d'octobre 1943 prévoyait que les membres des forces armées allemandes et les membres du parti nazi responsables de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité seraient « envoyés dans les pays où leurs forfaits abominables ont été perpétrés, afin d'y être jugés et punis conformément aux lois de ces pays libérés et des gouvernements libres qui y [seraient] établis ». La Déclaration prévoyait une réserve concernant les grands criminels de guerre allemands « dont les crimes ne peuvent être situés en un endroit particulier et qui seront punis par une décision commune des gouvernements alliés ».

a juridiction³⁹. Établir la juridiction ne revient pas à nier l'immunité. De même, le défaut d'immunité n'emporte pas que la juridiction est établie. Dans l'affaire *Mandat d'arrêt* ..., la Cour internationale de Justice a conclu que bien que diverses conventions internationales sur la prévention et la répression de certains crimes graves imposent aux États des obligations de poursuites ou d'extradition, dont l'exercice implique l'extension extraterritoriale de leur juridiction pénale, cette extension ne modifie en rien le régime des immunités reconnues en droit interne international coutumier, ces immunités demeurent opposables aux tribunaux d'un État étranger, même lorsque ceux-ci agissent dans l'exercice de la compétence que leur confèrent ces conventions⁴⁰.

C. La notion d'immunité et les questions connexes

15. L'immunité empêche ou entrave l'exercice par l'État de sa juridiction, en particulier de sa compétence judiciaire et répressive. Bien qu'elles s'y apparentent, les règles régissant les immunités sont techniquement distinctes de celles qui régissent les restrictions d'accès, lesquelles procèdent de la notion d'inviolabilité⁴¹.

16. Bien que le droit international laisse aux États toute liberté quant à l'agencement de leur appareil institutionnel⁴², la plupart des pays, au fil de l'histoire, se sont dotés d'un appareil d'État comprenant cinq institutions, dont la condition juridique mérite tout particulièrement d'être examinée sous l'angle des immunités : a) un chef d'État; b) un gouvernement; c) un corps diplomatique; d) un corps consulaire; e) des forces armées⁴³. Ce sont des personnes physiques qui, par leurs actes, concrétisent le pouvoir de l'État, qui autrement ne serait qu'une abstraction juridique⁴⁴. C'est à propos du fonctionnement de ces cinq institutions, et donc des actes accomplis par ceux à qui sont déléguées les fonctions de l'État, que se sont présentés les cas qui ont conduit à admettre des exceptions à l'exercice de la

³⁹ Opinion individuelle (commune) des juges Higgins, Kooijmans et Buergenthal en l'affaire *Mandat d'arrêt* ... (par. 5).

⁴⁰ *Mandat d'arrêt* ..., par. 59. Voir aussi Harvard Research in International Law, Projet de convention sur la juridiction pénale, art. 11 (op. cit. note 22, p. 592) :

« Lorsqu'il exerce sa juridiction, en vertu de la présente Convention, l'État respecte les immunités que le droit international ou des conventions internationales confèrent aux autres États ou aux institutions créées en vertu d'une convention internationale. »

La résolution adoptée en 2005 par l'Institut de droit international sur la compétence universelle en matière pénale à l'égard du crime de génocide, des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre précise que les dispositions qu'elle renferme sont sans préjudice des immunités établies par le droit international (op. cit.).

⁴¹ Les notions d'inviolabilité et d'immunité se recoupent (voir les paragraphes 1 et 3 de l'article 22 et les articles 29 à 31 de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques). Cependant, les règles d'inviolabilité portent sur des restrictions d'accès, alors que les règles d'immunité, par exemple celles qui définissent l'immunité de poursuites et les immunités fiscales, comportent des restrictions juridictionnelles, D. J. Harris, *Cases and Materials on International Law*, 5^e éd. (Londres, Sweet and Maxwell 1998), p. 347.

⁴² *Sahara occidental, Avis consultatif, C.I.J. Recueil*, 1975, par. 94.

⁴³ N. A. Mayan Green, *International Law* (Bath Press, Pitman Publishing, 1987), p. 126.

⁴⁴ Voir le paragraphe 2 de l'article 4 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, op. cit. note 3, par. 76.

juridiction en droit international classique, en plus de l'exception dont bénéficie l'État lui-même⁴⁵.

1. Les différents types d'immunité

17. Le droit international distingue plusieurs types d'immunité qui diffèrent par leur objet et leur portée. Ces immunités sont généralement rangées dans les catégories suivantes : a) les immunités diplomatiques; b) les immunités consulaires; c) les immunités du souverain et du chef d'État; d) les immunités de l'État; e) les immunités des organisations internationales et de leurs agents. Toutes ces immunités ont une incidence sur le champ d'action de l'État et de ses organes, et relèvent des règles du droit des relations diplomatiques⁴⁶. Quoi que liées entre elles, les origines historiques de ces immunités diffèrent, les immunités des organisations internationales étant celles reconnues le plus récemment. Les immunités des organisations internationales valent pour les représentants de ces organisations, qui ne sont pas des représentants de l'État; elles n'entrent donc pas dans le champ de la présente étude. Bien qu'issues d'une longue histoire et d'une longue pratique, les règles de droit régissant les immunités consulaires ont un champ d'application étroitement circonscrit, de sorte que ce sont surtout les règles applicables aux immunités diplomatiques qui ont influencé l'évolution des immunités du souverain et du chef d'État et des immunités de l'État⁴⁷.

18. Dans le cadre de ses travaux consacrés à la codification et au développement progressif du droit international, la Commission a déjà élaboré les règles régissant les privilèges et immunités diplomatiques et consulaires, et donc traité pour l'essentiel des règles du droit international applicables aux diplomates et agents consulaires. Dans le cadre de ses travaux sur « les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens », elle a aussi été amenée à traiter de certains aspects des

⁴⁵ Selon Wheaton, op. cit. note 26, par. 95 à 111, bénéficient entre autres de l'exception à l'exercice de la juridiction les souverains étrangers, les ministres étrangers, les ambassadeurs et autres envoyés d'un État étranger, ainsi que les forces armées terrestres ou navales étrangères. Wheaton ne semble pas opérer de distinction entre les ministres des affaires étrangères, les « envoyés d'un État étranger » et « les ambassadeurs ». Oppenheim, in *International Law* (Londres, Longmans, Green & Co., 1905) vol. 1 Peace, p. 414 et 415, considère que la fonction de ministre des affaires étrangères ou secrétaire d'État aux affaires étrangères « existe depuis le traité de Westphalie [1648] dans tous les États civilisés », et note que le « ministre ou secrétaire d'État » a autorité sur tous les ambassadeurs, agents consulaires ou autres agents pour ce qui touche aux affaires internationales... ».

⁴⁶ Chanaka Wickeremisnghe, « Immunities enjoyed by officials of States and International Organizations » in Evans (ouvrage collectif), *International Law*, op. cit., p. 396.

⁴⁷ Voir, par exemple, la section 20 de la loi britannique de 1978 sur l'immunité des États, qui dispose que les stipulations de la loi de 1964 sur les immunités diplomatiques visant les chefs de mission diplomatique s'appliquent *mutatis mutandis* aux souverains et aux chefs d'État. Dans son arrêt en l'affaire *Djibouti c. France*, la Cour internationale de Justice a rappelé que la règle de droit international coutumier reflétée à l'article 29 de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, bien que concernant les agents diplomatiques, est nécessairement applicable aux chefs d'État. Cette disposition est ainsi rédigée :

« La personne de l'agent diplomatique est inviolable. Il ne peut être soumis à aucune forme d'arrestation ou de détention. L'État accréditaire le traite avec le respect qui lui est dû, et prend toutes mesures appropriées pour empêcher toute atteinte à sa personne, sa liberté et sa dignité. »

immunités du chef d'État, du gouvernement et des forces armées d'un État étranger⁴⁸.

a) Immunités diplomatiques et immunité du souverain et du chef d'État

19. Les auteurs classiques, notamment Grotius, Burlamaqui, Bynkershoek et Vattel, traitent abondamment de la consubstantialité de l'immunité diplomatique et de l'immunité du souverain et du chef d'État. Grotius observe qu'un ambassadeur, loin d'être un simple particulier, représente dans sa majesté le souverain qui les envoie, et dont les pouvoirs ne sauraient être bornés par l'exercice de la juridiction locale⁴⁹. Pour Burlamaqui, les privilèges que le droit des gens reconnaît à un ambassadeur procèdent de ce qu'il représente la personne de son maître, qualité qui lui confère nécessairement tous les droits et privilèges dont celui-ci, en tant que souverain, jouirait dans les États d'un autre prince s'il s'y rendait en personne pour y traiter ses affaires⁵⁰. Vattel, quant à lui, affirme que le souverain est tenu de protéger toutes les personnes présentes en ses États, étrangères ou non, et de les mettre à l'abri de toute violence, mais que cette obligation est particulièrement contraignante à l'égard des représentants d'un État étranger, envers qui tout acte de violence est, selon lui, un crime d'État, un affront au droit des gens⁵¹. Bynkershoek, qui soutient que le souverain jouit au moins de la même immunité qu'un ambassadeur, considère que c'est là une conclusion de simple bon sens, notant que si un ambassadeur, dans l'exercice de ses fonctions, échappe à la juridiction civile et pénale de l'État où il sert, il ne saurait en être autrement pour le souverain qu'il représente. Ainsi, tout comme les ambassadeurs (mais pour des raisons plus solides encore), les rois et princes jouissent de l'immunité d'arrestation, en quoi ils se distinguent des simples particuliers⁵².

⁴⁸ Les relations et immunités diplomatiques, les relations et immunités consulaires et les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens figuraient sur la liste provisoire des sujets retenus par la Commission dans les débuts de ses travaux (voir le document A/CN.4/13 et Corr. 1 à 3, dans *Annuaire ... 1949*, vol. I). La Commission a déjà élaboré les règles concernant : a) les missions diplomatiques (Convention de Vienne de 1961 sur les relations diplomatiques); b) les missions consulaires (Convention de Vienne de 1963 sur les relations consulaires); c) les missions spéciales (Convention de 1969 sur les missions spéciales); d) les personnes jouissant d'une protection internationale (Convention de 1973 sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques); et e) les représentants des États auprès des organisations internationales (Convention de Vienne de 1975 sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel).

⁴⁹ Grotius, *De jure belli ac pacis*, livre II, chap. XVIII, sect. 4.

⁵⁰ Jean-Jacques Burlamaqui, *Du droit naturel et du droit politique* (1747, 1752), tome II, parties IV à XI.

⁵¹ Emmerich de Vattel, *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle* (4 tomes, 1758), tome IV, chap. 7. Dans le même chapitre, Vattel affirme aussi qu'il est inconcevable d'imaginer qu'un prince qui envoie un ambassadeur ou représentant dans un État étranger entende qu'il se soumette à l'autorité de cet État; Vattel voit là l'argument ultime à l'appui de la thèse de l'indépendance du représentant de l'État. Il ajoute que « puisqu'il est impensable que le souverain entende que son représentant se soumette à l'autorité du prince auprès de qui il est envoyé, ce prince, dès lors qu'il le reçoit, consent à son indépendance, en vertu d'une convention tacite avec le prince qui l'envoie, laquelle renforce l'obligation naturelle. »

⁵² Cornelius van Bynkershoek, *De Foro Legatorum Liber Singularis*, édition publiée sous la direction de James Brown Scott (avec une introduction de Jan de Louter, fac-similé du texte de 1744, traduction anglaise de Gordon J. Laing, erratum et index), (Londres, Oxford University Press), p.20 et 21.

b) Fondements théoriques des immunités

20. Trois théories principales ont été avancées pour justifier la reconnaissance des immunités. La « théorie de l'extraterritorialité » a créé une fiction juridique selon laquelle les locaux d'une mission diplomatique ou les locaux temporairement occupés par un souverain dans un pays étranger étaient considérés comme des appendices du territoire de l'État d'envoi. Selon Westlake, la volonté de fonder un droit des privilèges déjà accordés dans la pratique a conduit à un artifice consistant à postuler que les locaux d'une légation étrangère font partie du territoire de l'État d'envoi, d'où l'emploi du terme « extraterritorialité » signifiant la non-appartenance au territoire de l'État d'accueil⁵³.

21. Dans le cas des envoyés diplomatiques, l'argument avancé en faveur de la théorie de l'extraterritorialité était que les diplomates, pour pouvoir s'acquitter de leurs fonctions, devaient impérativement échapper à la juridiction et à l'autorité de l'État d'accueil; dans le cas des souverains, la théorie de l'extraterritorialité s'appuyait sur le principe *par in parem non habet imperium*⁵⁴ ou *par in parem non habet jurisdictionem*. Autrement dit, en vertu du principe de l'égalité souveraine, aucun État ne pouvait prétendre exercer sa juridiction à l'égard d'un autre État⁵⁵. Les principes de l'indépendance et de la dignité des États⁵⁶ et le principe de non-ingérence⁵⁷ ont aussi été invoqués pour justifier les immunités.

22. La théorie de la « représentation » justifiait les immunités en postulant qu'une mission diplomatique personnifiait l'État d'envoi. Dans le cas du souverain ou du chef d'État, l'immunité procédait de ce qu'il incarnait tous les pouvoirs de l'État⁵⁸, dont il était considéré comme l'organe principal et le principal représentant pour tout ce qui touchait les relations internationales; selon cette théorie, le souverain ou chef d'État, dans tous ses actes juridiques, était considéré comme accomplissant des actes d'État en vertu de sa compétence *jus repraesentationis omnimodae*⁵⁹. Toujours selon cette théorie, les immunités et privilèges reconnus au chef d'État découlaient de sa représentativité. Les cas où un chef d'État pouvait avoir à négocier directement et en personne avec une puissance étrangère se faisant de plus en plus rares, le rôle du ministre des affaires étrangères a pris de l'ampleur, le ministre dirigeant les affaires extérieures au nom du chef de l'État et avec son aval, dans son rôle d'intermédiaire pour tout ce qui concernait les relations avec l'étranger⁶⁰.

23. La théorie de la « nécessité fonctionnelle » justifie les immunités par les impératifs pratiques de l'exercice des fonctions d'une mission étrangère. Lorsqu'elle a élaboré la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, la Commission a invoqué la nécessité fonctionnelle pour résoudre les problèmes que la pratique n'éclairait guère, tout en ayant à l'esprit le caractère représentatif du chef de

⁵³ John Westlake, *International Law* (Cambridge, Cambridge University Press, 1904), partie I, p. 263.

⁵⁴ Oppenheim, op. cit. note 45, p. 441.

⁵⁵ R. Jennings et A. Watts (dir. publ.), op. cit. note 26, vol. 1, p. 341.

⁵⁶ Ibid., p. 342.

⁵⁷ *Pinochet* n° 3, Lord Saville of Newdigate, p. 642; Lord Millet, p. 645; Lord Phillips of Worth Matravers, p. 658.

⁵⁸ Robert Phillimore, *Commentaries upon International Law*, 2^e éd. (1871), vol. II, p. 127 et 128. Voir aussi Arthur Watts, « The Legal Position in International Law of Heads of States, of Governments and Foreign Ministers », *Recueil des cours*..., vol. 247 (1994-III), p. 9 à 136.

⁵⁹ Oppenheim, op. cit. note 45, p. 341 et 343.

⁶⁰ Ibid., p. 414 et 415.

mission et de la mission elle-même⁶¹. La théorie de la nécessité fonctionnelle semble apporter une justification plus moderne de la reconnaissance des immunités⁶². Dans l'affaire du *Mandat d'arrêt*, la Cour internationale de Justice a admis que les immunités dont jouissent les ministres des affaires étrangères leur sont accordées pour leur permettre de s'acquitter efficacement de leurs fonctions au nom des États qu'ils représentent⁶³.

c) Les immunités en droit interne

24. En vertu de considérations pratiques similaires, il n'est pas rare que la législation d'un État confère certaines immunités de juridiction interne au chef de l'État, au chef du gouvernement et à d'autres membres de l'exécutif, tels que les ministres, ainsi qu'aux membres des organes législatifs, dont les présidents et les membres des assemblées parlementaires, immunités qui couvrent en particulier les déclarations qu'ils peuvent faire dans l'exercice de leurs fonctions officielles. Les justifications de ces immunités procèdent de l'ordre constitutionnel, en particulier du principe de la séparation des pouvoirs⁶⁴. Le bon fonctionnement des différents organes de l'État exige en effet que ceux qui les incarnent ou en font partie puissent s'exprimer franchement sans s'exposer à des poursuites ni avoir à ménager qui que ce soit.

25. Il ne semble pas y avoir de règle du droit international coutumier qui imposerait à l'État l'obligation de déroger aux dispositions de sa législation conférant des immunités à ses représentants⁶⁵. Or, ces dispositions du droit interne peuvent entrer en conflit avec celles d'un traité imposant aux États parties l'obligation de poursuivre et punir les auteurs de crimes de droit international⁶⁶. C'est ainsi que la France a été amenée à apporter un amendement aux dispositions de sa constitution relatives aux immunités pour les rendre compatibles avec les obligations qu'elle a assumées en ratifiant le Statut de la Cour pénale internationale⁶⁷.

⁶¹ *Annuaire...* 1958, vol. II, Observations générales sur la section II, par. 1 à 3.

⁶² Ibid. La Commission a observé que la tendance moderne semblait s'orienter vers cette théorie.

⁶³ *Mandat d'arrêt* ..., par. 53.

⁶⁴ Antonio Cassese, *International Criminal Law* (Oxford, Oxford University Press, 2003), p. 264.

⁶⁵ Ibid., p. 273.

⁶⁶ Ibid., p. 273 et 274. Dans le décret n° 2764 de 2002 promulguant le Statut de Rome de la Cour pénale internationale, *Journal officiel CXXXVIII^e année*, n° 45015, 30 novembre 2002, la Colombie a inséré la déclaration suivante, dont elle avait assorti sa ratification du Statut de Rome :

« 1. Aucune des dispositions du Statut de Rome concernant l'exercice par la Cour pénale internationale de sa juridiction n'empêche l'État colombien d'amnistier ou gracier les auteurs de crimes politiques, ou de les faire bénéficier de remises de peine, étant entendu que ses décisions en la matière doivent être conformes à la Constitution et aux principes et normes du droit international acceptés par la Colombie. »

⁶⁷ Dans sa décision sur le Traité portant statut de la Cour pénale internationale, le Conseil constitutionnel a conclu que l'article 27 du Statut de Rome était contraire aux régimes particuliers de responsabilité institués : par l'article 68 1) de la Constitution française (en vertu duquel les membres du Gouvernement ne peuvent être jugés pour les crimes et délits commis dans l'exercice de leurs fonctions que par la Cour de justice de la République); l'article 68 de la Constitution, selon lequel le Président de la République, pour les actes accomplis dans l'exercice de ses fonctions et hors le cas de trahison, bénéficie d'une immunité; l'article 26 1) de la Constitution, en vertu duquel les membres du Parlement bénéficient d'une immunité à raison des opinions ou votes émis dans l'exercice de leurs fonctions; l'article 26 2) de la Constitution,

26. La présente étude ne porte pas sur les immunités qui, en droit interne, peuvent être accordées aux représentants des différents pouvoirs pour leur permettre d'exercer leurs fonctions selon l'ordre interne. Néanmoins, ces immunités peuvent constituer un obstacle non négligeable aux poursuites pénales. Il est à noter aussi que d'autres dispositions du droit interne peuvent retarder ou entraver les poursuites ou compromettre l'entraide judiciaire en matière pénale; c'est le cas notamment des lois d'amnistie générale, des lois en matière de prescription et des textes donnant effet au principe *ne bis in idem*⁶⁸.

d) Immunité du souverain ou du chef d'État et immunité de l'État

27. Il y a une relation encore plus étroite entre l'immunité de l'État et l'immunité du souverain ou du chef d'État qu'entre cette dernière et l'immunité diplomatique. Après avoir procédé à un examen d'ensemble du droit international, la Commission a jugé que ses travaux sur la codification des immunités juridictionnelles des États et de leurs biens devaient englober les immunités des bâtiments de guerre et des forces armées des États⁶⁹.

28. Cette relation n'est pas fortuite. Le principe de l'immunité de l'État, qui a vu le jour au XIX^e siècle, trouve son origine dans l'immunité personnelle du souverain⁷⁰ telle qu'elle était conçue à une époque où cette immunité ne souffrait pas d'exception. Aux XVII^e et XVIII^e siècles, le monarque absolu d'un État souverain incarnait l'État, ce qu'illustre la fameuse phrase attribuée à Louis XIV : « l'État, c'est moi »⁷¹. Les actes du monarque ne pouvaient être incriminés. Il ne pouvait pas être traduit devant ses propres tribunaux et eût dérogé en comparaisant devant l'un d'entre eux. Bien entendu, cette conception de la condition du monarque s'étendait à ses relations avec les autres souverains. Il était universellement admis que si un autre monarque lui donnait licence de pénétrer en son royaume, cette licence, sans stipulation expresse à cet effet, lui conférait tacitement l'immunité d'arrestation. Il était entendu que le souverain étranger ne pouvait se soumettre à une juridiction incompatible avec sa dignité et celle de sa nation⁷². La reconnaissance de ces immunités procédait d'impératifs de courtoisie et de commodité qui s'imposaient si fortement qu'ils s'apparentaient à un critère de nécessité⁷³. Il était généralement admis que l'exercice de la juridiction à l'égard des États et des souverains étrangers était incompatible avec leur dignité, et donc

selon lequel les membres du Parlement ne peuvent faire l'objet, en matière criminelle ou correctionnelle, hors les cas de flagrance ou de condamnation définitive, d'une arrestation ou de toute autre mesure privative ou restrictive de liberté qu'avec l'autorisation du Bureau de l'assemblée dont ils font partie. Décision 98-408 DC, 22 janvier 1998, accessible à l'adresse suivante : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/depuis-1958/decisions-par-date/1999/98-408-dc/decision-n-98-408-dc-du-22-janvier-1999.11823.html>.

⁶⁸ Voir Cassese, *International Criminal Law*, op. cit. note 64, chap. 17.

⁶⁹ *Examen d'ensemble du droit international en vue des travaux de codification de la Commission du droit international*, mémorandum du Secrétaire général (A/CN.4/1/Rev.1) [publication des Nations Unies, numéro de vente : 1948.V.1(1)].

⁷⁰ Ian Sinclair, « The Law or Sovereign Immunity: Recent Developments », *Recueil des cours...*, vol. 167 (1980-II), p. 121.

⁷¹ Ibid.

⁷² Wheaton, op. cit. note 26, par. 97.

⁷³ William Edward Hall, op. cit. note 1, par. 48.

contraire aux principes de courtoisie et d'amitié qui devaient régir les relations internationales⁷⁴.

29. Aux États-Unis, le principe de l'immunité de l'État était censé s'étendre à la protection de la dignité des « États de l'Union »⁷⁵. Selon cette conception, soumettre les États fédérés à la juridiction suprême des États-Unis eût été une atteinte à leur souveraineté⁷⁶. Le jugement en l'affaire *The Schooner « Exchange »* v. *Mc Faddon* définissait comme suit l'immunité absolue :

« Étant donné qu'un souverain ne saurait en aucune façon se subordonner à un autre, et qu'il a l'obligation impérative de ne pas porter atteinte à la dignité de sa nation en abdiquant les droits souverains de celle-ci pour la soumettre à la juridiction d'un autre État, ou en se soumettant lui-même à cette juridiction, il est censé ne pénétrer en territoire étranger qu'avec l'assurance expresse ou tacite que les immunités qui s'attachent à sa qualité de souverain indépendant lui seront reconnues et effectivement accordées, même en l'absence de toute convention expresse à cet effet. »⁷⁷

30. La Cour d'appel d'Angleterre, en l'affaire du *Parlement belge*, a invoqué les impératifs de respect de « la dignité », « l'indépendance », « l'indépendance et la dignité » ou encore « l'égalité et l'indépendance » pour conclure que l'exercice par un État de sa juridiction à l'égard du souverain d'un autre État serait incompatible avec la dignité royale de celui-ci, autrement dit son indépendance absolue à l'égard de toute autorité prétendue supérieure⁷⁸ :

« De la jurisprudence concernant toutes ces affaires, il ressort qu'eu égard à l'indépendance absolue qui s'attache à toute autorité souveraine, et aux us de la communauté internationale qui veulent que chaque État respecte l'indépendance et la dignité de tous les autres États souverains, tous les États s'abstiennent d'exercer par la voie judiciaire leur compétence territoriale à l'égard d'un souverain étranger qui, hors cette exception convenue, relèverait de leur juridiction. »⁷⁹

31. Vers la fin du XIX^e siècle, les tribunaux italiens et belges ont été les premiers à opérer une distinction entre *acta jure imperii* (actes du souverain ou actes de souveraineté) et *acta jure gestionis* (actes se rapportant aux relations commerciales)⁸⁰. Après la Première Guerre mondiale, sous l'effet du développement des échanges commerciaux, dans lesquels les États jouaient un rôle important, la théorie de l'immunité absolue a progressivement fait place à une définition plus restrictive de l'immunité.

32. Les justifications avancées pour défendre l'immunité de l'État ont parfois été critiquées. Certains auteurs ont ainsi affirmé que l'État qui acceptait d'être partie à un procès devant un tribunal ordinaire d'un autre État ne compromettrait pas

⁷⁴ Hersch Lauterpacht, « The Problem of Jurisdictional Immunities of Foreign States », *British Year Book of International Law*, vol. 28 (1951), p. 230.

⁷⁵ Ibid.

⁷⁶ *Chisholm v. Georgia*, 2 Dall 412, p. 425 (U.S.) 1793, cité par Lauterpacht, *ibid.*

⁷⁷ (1812) 7 Cranch 116, p. 136 et 137.

⁷⁸ (1880) LR 5 PD 197.

⁷⁹ Ibid., Bret. L. J., p. 207, 214 et 215.

⁸⁰ Harvard Research International Law, « Competence of Courts in regard to Foreign States », *American Journal of International Law*, vol. 26 (supplément) (1932), p. 451 à 649.

nécessairement de ce fait ses droits, son statut d'égalité parmi les autres États, son indépendance ou sa dignité⁸¹. Ainsi, Lauterpacht affirme ce qui suit :

« La notion d'immunité de l'État – immunité le soustrayant à la compétence de ses propres tribunaux et à la juridiction territoriale des États étrangers – est une survivance de l'époque où le souverain, s'il rendait la justice, le faisait non par obligation, mais parce que tel était son bon plaisir. Elle procède d'une conception de l'État plus proche de celle de Hobbes que de celle d'Austin, conception que le juge Holmes a exprimée dans un passage souvent cité et souvent critiqué de son jugement en l'affaire *Kawanakoa v. Poly* où il affirme que l'immunité de l'État vient de ce que “pour des raisons à la fois logiques et pratiques, un droit ne saurait être opposé à l'autorité dont émane la loi qui l'a établi”. »⁸²

De ce qui précède, Lauterpacht concluait qu'il fallait, sous réserve de certaines conditions et exceptions, abolir la règle de l'immunité des États étrangers, par voie d'accords internationaux ou par des mesures législatives unilatérales⁸³.

33. Dans la pratique moderne, l'immunité de l'État peut être invoquée par tout État étranger contre lequel sont engagées des poursuites⁸⁴. L'exception d'immunité, soulevée au début d'un procès, a pour but d'empêcher le tribunal de l'État du for d'exercer sa compétence et de poursuivre l'examen de la demande, ce qui revient à mettre fin au procès dans l'État du for⁸⁵.

2. Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens

34. L'évolution récente vers une conception restrictive de l'immunité⁸⁶ trouve sa meilleure illustration dans la Convention des Nations Unies sur les immunités

⁸¹ Jennings et Watts, op. cit. note 26, p. 342.

⁸² Lauterpacht, op. cit. note 74, p. 236.

⁸³ Ibid., p. 237. Selon lui, il fallait maintenir l'immunité à l'égard : a) des actes législatifs d'un État étranger ou des mesures en découlant; b) des mesures prises par l'exécutif ou d'un État étranger sur son propre territoire; c) des contrats conclus avec ou par des États étrangers sauf si la loi applicable en matière de contrats est celle du juge saisi (*lex fori*); d) des décisions ou mesures d'exécution prises à l'encontre d'un État étranger contrairement aux principes admis du droit international en matière de relations diplomatiques, ibid., p. 237 à 240.

⁸⁴ Hazel Fox, « International Law and Restraints on the Exercise of Jurisdiction by National Courts of States », in Evans, *International Law*, 2^e éd. (Oxford University Press, 2006), p. 384.

⁸⁵ Ibid. Pour une critique récente de la conception formaliste, voir Lorna McGregor, « Torture and State Immunity: Deflecting impunity, Distorting sovereignty », *European Journal of International Law*, vol. 18 (2007), p. 903 à 919.

⁸⁶ Les entreprises antérieures de codification de l'immunité des États ont donné lieu à : la résolution de l'Institut de droit international sur la compétence des tribunaux dans les procès contre les États, souverains ou chefs d'État étrangers (1891), *Annuaire de l'Institut de droit international*, 1891, p. 436; la résolution de l'Institut sur l'immunité de juridiction et d'exécution forcées des États étrangers (1954), la résolution de l'Association de droit international (1952), *Rapport de la quarante-cinquième Conférence*, Lucerne, 1952, p. viii; le projet de l'Université de Harvard, op. cit., note 80. À l'échelle régionale, le Comité consultatif juridique afro-asiatique a créé une commission sur l'immunité des États en matière commerciale et concernant d'autres opérations de nature privée, Rapport final, 1960, M. M. Whiteman, *Digest of International Law*, vol. 6 (1968), p. 572 à 574. Au Conseil de l'Europe, la troisième Conférence des ministres européens de la justice (1964) s'est accordée sur une initiative qui a

juridictionnelles des États et de leurs biens, adoptée par l'Assemblée générale sur la base des travaux de la Commission⁸⁷. La Convention traite de la question des immunités de juridiction et d'exécution des États⁸⁸. Aux fins de l'immunité, l'article 2 de la Convention donne de l'État une définition particulière. Elle s'entend au sens large, l'immunité étant reconnue à tous les types ou catégories d'entités et d'individus spécifiés : a) l'État et ses divers organes de gouvernement; b) les composantes d'un État fédéral ou les subdivisions politiques de l'État, qui sont habilitées à accomplir des actes dans l'exercice de l'autorité souveraine et agissent à ce titre; c) les établissements ou organismes d'État ou autres entités, dès lors qu'ils sont habilités à accomplir et accomplissent effectivement des actes dans l'exercice de l'autorité souveraine de l'État; et d) les représentants de l'État agissant à ce titre, étant entendu que les souverains ou chefs d'État agissant à titre officiel seraient couverts par les alinéas a) et d), les chefs de gouvernement, les directeurs de département ministériel, les ambassadeurs, les chefs de mission, les agents diplomatiques et les fonctionnaires consulaires, agissant dans leurs fonctions de représentation⁸⁹ relevant de l'alinéa d).

35. L'article 3 de la Convention qui prévoit une clause de sauvegarde⁹⁰ stipule expressément en son paragraphe 1 que la Convention n'affecte pas les privilèges et immunités dont jouit un État en vertu du droit international en ce qui concerne l'exercice des fonctions : a) de ses missions diplomatiques, de ses postes consulaires, de ses missions spéciales, de ses missions auprès des organisations internationales, ou de ses délégations dans les organes des organisations internationales ou aux conférences internationales; et b) des personnes qui y sont attachées.

36. Le paragraphe 2 de l'article 3 ne préjuge ni l'étendue des immunités accordées par les États à des souverains étrangers ou à d'autres chefs d'État, aux membres de leurs familles ou de leur personnel de maison, qui, dans les faits, peuvent couvrir d'autres membres de leur entourage, ni celle des immunités accordées par l'État aux

abouti à l'élaboration de la Convention européenne sur l'immunité des États et Protocole additionnel (1972). Voir aussi la Convention internationale de Bruxelles pour l'unification de certaines règles concernant les immunités des navires d'État (1926). Voir aussi la Convention sur le droit international privé (Code Bustamante), adoptée à la sixième Conférence internationale des États américains tenue à La Havane, Société des Nations, *Recueil des Traités*, vol. 86, p. 111.

⁸⁷ Voir l'annexe à la résolution 59/38 de l'Assemblée générale en date du 2 décembre 2004.

⁸⁸ *Annuaire... 1991*, vol. II (deuxième partie), par. 2 du commentaire du projet d'article 1, tel qu'adopté par la Commission.

⁸⁹ Ibid., par. 17 du commentaire du projet d'article 2, tel qu'adopté par la Commission.

⁹⁰ L'article 3 est ainsi libellé :

« Privilèges et immunités non affectés par la présente Convention

1. La présente Convention n'affecte pas les privilèges et immunités dont jouit un État en vertu du droit international en ce qui concerne l'exercice des fonctions :

a) De ses missions diplomatiques, de ses postes consulaires, de ses missions spéciales, de ses missions auprès des organisations internationales, ou de ses délégations dans les organes des organisations internationales ou aux conférences internationales ; et

b) Des personnes qui y sont attachées.

2. La présente Convention n'affecte pas non plus les privilèges et immunités que le droit international reconnaît *ratione personae* aux chefs d'État.

3. La présente Convention n'affecte pas les privilèges et immunités que le droit international reconnaît à un État concernant des aéronefs ou des objets spatiaux lui appartenant ou exploités par lui. »

chefs de gouvernement et aux ministres des affaires étrangères. Le paragraphe 2 ne vise pas expressément cette seconde catégorie, car il aurait été difficile d'en établir une liste exhaustive. De plus, une telle liste aurait soulevé des questions quant au fondement et à l'étendue des immunités juridictionnelles reconnues à ces personnes⁹¹.

a) Examen par la Commission du projet d'article 25 proposé par le Rapporteur spécial Sompong Sucharitkul

37. La clause de réserve du paragraphe 2 de l'article 3 découle d'un débat enrichissant de la Commission. Au départ, le Rapporteur spécial sur le sujet avait proposé, dans son septième rapport (1985), un projet d'article 25 dont il estimait les dispositions nécessaires pour couvrir tout le champ de l'immunité des États⁹², y compris les immunités diplomatiques et consulaires, qui sont en fait des immunités de l'État et qui, en dernière analyse, lui appartiennent, de même que les immunités reconnues aux « souverains et autres chefs d'État »⁹³.

38. Pour justifier l'utilité de cette disposition, le Rapporteur spécial a invoqué la jurisprudence qui, en ce qui concerne les souverains en fonctions, opère une distinction entre les actes accomplis par le souverain en sa qualité de chef d'État et ceux accomplis par lui à titre privé⁹⁴. Il a expliqué la rareté des cas de poursuites intentées contre un souverain après la fin de son règne par la durée généralement longue de celui-ci⁹⁵. Mieux, aux fins de la présente étude, M. Lacleta Muñoz a estimé que le projet d'article 25 était nécessaire, car il traite des immunités *ratione personae* dont jouit le chef d'État. Si on décidait de supprimer ce projet d'article, parce que superflu compte tenu des dispositions de l'alinéa a) du paragraphe 1 du projet d'article 3 (actuel alinéa a) du paragraphe 1 du projet d'article 2), qui régit les immunités *ratione materiae* reconnues au chef d'État, il ne serait plus nulle part fait

⁹¹ *Annuaire... 1991*, vol. II (deuxième partie), par. 7 du commentaire de l'article 2, tel qu'adopté par la Commission.

⁹² *Annuaire... 1985*, vol. II (première partie). Sur l'introduction, voir S. Sucharitkul, compte rendu analytique de la 1942^e séance, 7 mai 1986, *Annuaire... 1986*, vol. I, par. 11. Sur le débat, voir *ibid.*, comptes rendus analytiques des 1942^e à 1944^e séances. Le projet d'article est ainsi libellé :

« Article 25. Immunités des souverains et autres chefs d'État

1. Le souverain ou chef d'État jouit, pendant la durée de sa charge, de l'immunité de la juridiction pénale et civile devant les tribunaux d'un autre État. L'immunité de la juridiction civile et administrative n'a pas à lui être reconnue dans le cas :

a) D'une procédure concernant un immeuble privé sis sur le territoire de l'État du for, à moins qu'il ne le possède pour le compte de l'État et aux fins de l'État; ou

b) D'une procédure concernant une succession à des biens mobiliers ou immobiliers, dans laquelle il figure comme exécuteur testamentaire, administrateur, héritier ou légataire, à titre privé; ou

c) D'une procédure concernant une activité professionnelle ou commerciale qu'il exerce en dehors de ses fonctions de souverain ou de ses fonctions publiques.

2. Les biens d'un souverain ou d'un chef d'État ne peuvent faire l'objet de mesures de saisie ou de saisie-exécution si ces mesures ne peuvent être prises sans qu'il soit porté atteinte à l'inviolabilité de sa personne ou de sa demeure. »

⁹³ *Ibid.*, par. 12.

⁹⁴ *Ibid.*, par. 13 et 14.

⁹⁵ *Ibid.*, par. 13. Hall a fait observer qu'en raison du caractère relativement court et peu fréquent des séjours effectués par des souverains à l'étranger et surtout les circonstances dans lesquelles ils avaient lieu, d'ordinaire le droit régissant les chefs d'État demeurerait une règle de caractère général, les tribunaux n'ayant guère eu l'occasion de l'appliquer (*op. cit.*, note 1, par. 50).

mention du principe de l'immunité de juridiction pénale du souverain ou du chef d'État, ce principe ne découlant d'aucune autre disposition du projet d'articles⁹⁶. En réaction à ces observations, M. Reuter s'est demandé si, au cas où ce serait aux tribunaux nationaux de connaître des crimes contre l'humanité, les souverains ou chefs d'État jouiraient de l'immunité; selon lui, il conviendrait d'évoquer cet aspect de la question, ne serait-ce que dans le commentaire⁹⁷. M. Ouchakov a déclaré, pour sa part, que le projet d'article 25 était non seulement superflu, mais dangereux, car il déroge à des règles bien établies, dont la Commission a été parfois à l'origine, telles que les Principes de Nuremberg⁹⁸. Abondant dans le même sens, M. Thiam a jugé préférable de ne pas conserver le projet d'article 25, d'autant plus qu'il semble impossible d'affirmer sans réserve qu'un chef d'État jouit de l'immunité de juridiction pénale. Si ce projet d'article devait être maintenu, a-t-il suggéré, il faudrait songer à y inclure une réserve sur ce point précis, étant donné que la Commission est saisie d'un projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité⁹⁹.

39. Pour concilier les différents points de vue, M. Mahiou a suggéré d'ajouter dans le projet d'article 4 (actuel article 3) une référence aux immunités et privilèges reconnus aux souverains et chefs d'État en vertu des « conventions diplomatiques et autres règles de droit international en vigueur »¹⁰⁰. Si l'on a proposé de traiter la question au projet d'article 4, Sir Sinclair a pour sa part suggéré de donner valeur de clause « de procédure ou de sauvegarde » au projet d'article 25, disposition de fond qui suscite la controverse au sujet de l'épineuse question du traitement à accorder aux chefs de gouvernement et aux ministres des affaires étrangères, d'une part, et de la question des membres de la famille et de la domesticité des souverains et chefs d'État, d'autre part¹⁰¹. À l'alinéa a) i) du paragraphe 1 du projet d'article 3 (actuel article 2), le terme « État » ayant été défini comme comprenant « le souverain ou le chef d'État », c'est-à-dire le souverain ou le chef d'État agissant à titre officiel, la solution du problème résiderait dans une réserve ayant pour effet de maintenir la situation telle qu'elle existe en vertu des règles coutumières qui s'appliquent aux actes accomplis à titre personnel ou relatifs à des biens privés¹⁰².

40. Le Rapporteur spécial a approuvé la proposition de Sir Sinclair. Il a cependant averti la Commission qu'elle ne pouvait se désintéresser d'une partie du droit international qu'elle avait entrepris de développer progressivement et de codifier, à savoir les immunités des États en général, quelle que soit la manière dont on les appelle. Outre la proposition de Sir Sinclair, il y avait donc lieu d'ajouter deux autres dispositions prévoyant : a) qu'à titre officiel, les souverains et les chefs d'États jouissent des immunités énoncées dans les projets d'articles; et b) qu'à titre personnel, ils jouissent de l'immunité de juridiction civile et pénale pendant la durée de leur charge, conformément au droit international ou comme c'est l'usage en droit

⁹⁶ Ibid., compte rendu analytique de la 1942^e séance, 7 mai 1986, Lacleta Muñoz, par. 53.

⁹⁷ Ibid., Reuter, par. 56.

⁹⁸ Ibid., compte rendu analytique de la 1943^e séance, 12 mai 1986, Ouchakov, par. 29 à 31.

⁹⁹ Ibid., compte rendu analytique de la 1944^e séance, 13 mai 1986, Doudou Thiam, par. 39 à 40.

¹⁰⁰ Ibid., Mahiou, par. 12 à 18.

¹⁰¹ Ibid., Sinclair, par. 23 à 26.

¹⁰² Ibid. Au paragraphe 26, Sir Sinclair a proposé le texte suivant :

« Les présents articles sont sans préjudice de la portée des immunités de juridiction ou des immunités de mesure de contrainte contre les biens privés, dont les souverains ou les chefs d'État jouissent en droit international pour les actes accomplis à titre personnel. »

international. Il a suggéré que la question de savoir si l'article devait également englober les chefs de gouvernement pourrait être examinée brièvement dans le commentaire, ce qui pourrait servir de point de départ à la Commission pour une étude ultérieure de la question. Le Rapporteur spécial n'a pas pensé que la teneur du projet d'article 25 pourrait être reflétée de manière appropriée dans les projets d'articles 3 ou 4¹⁰³.

41. La proposition de Sir Sinclair a inspiré le paragraphe 2 du projet d'article 4, adopté par la Commission en première lecture¹⁰⁴. On a souligné que le projet d'article 4 n'était qu'une clause de sauvegarde qui ne conférait pas d'immunités; les dispositions du droit coutumier en vigueur sur la question ont ainsi été préservées¹⁰⁵. Certains éléments du projet d'article 25 étant déjà pris en considération aux alinéas a) et d) du paragraphe 1 de l'article 3 (actuel article 2), le paragraphe a été libellé en termes généraux, sans détails inutiles.

b) Examen en deuxième lecture du projet d'article 4 par la Commission

42. Analysant les observations des gouvernements dans son rapport préliminaire, le Rapporteur spécial, Motoo Ogiso, qui avait alors remplacé Sompong Sucharitkul, a fait remarquer que dans l'ensemble, les gouvernements approuvaient le projet d'article 4 adopté en première lecture¹⁰⁶. Au nombre des observations visant spécialement le paragraphe 2, l'Allemagne a indiqué que, mises à part les immunités des chefs d'État, ce paragraphe ne mentionnait pas d'autres types d'immunités, estimant qu'il serait souhaitable d'introduire une clause indiquant de manière générale que les types d'immunités autres que l'immunité juridictionnelle des États n'étaient pas affectées. S'inspirant du paragraphe 2 de l'article 21 de la Convention de 1969 sur les missions spéciales, l'Espagne a estimé qu'il faudrait non seulement

¹⁰³ Ibid., le Rapporteur spécial, par. 50 à 52. La Commission a déjà arrêté une série de projets relatifs à divers aspects des immunités des États, comme les relations diplomatiques et consulaires, les missions spéciales, la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale et la représentation des États.

¹⁰⁴ Ibid., compte rendu analytique de la 1968^e séance, 17 juin 1986, M. Riphagen, Président du Comité de rédaction, par. 24 à 27. Le texte du paragraphe 2 du projet d'article 4 se lit comme suit : « Les présents articles ne portent pas non plus atteinte aux les privilèges et immunités que le droit international reconnaît *ratione personae* aux chefs d'État. »

¹⁰⁵ Commentaire du projet d'article 4 adopté en première lecture :
« 6) Le paragraphe 2 a pour but de faire entrer dans le projet d'articles une référence expresse aux immunités que le droit international en vigueur accorde *ratione personae* aux souverains étrangers et autres chefs d'État agissant à titre personnel. Quant aux immunités juridictionnelles des États reconnues aux souverains ou autres chefs d'État agissant en qualité d'organes ou de représentants de l'État, elles font l'objet de l'article 3, dont les alinéas a) et d) du paragraphe 1 visent les divers organes de gouvernement d'un État et les représentants de l'État, y compris les chefs d'État, et quel que soit le système de gouvernement. La réserve énoncée au paragraphe 2 de l'article 4 porte donc exclusivement sur les actes accomplis à titre privé, ou sur les immunités et privilèges de caractère personnel qui sont reconnus et accordés dans la pratique, et dont le statut n'est en rien affecté par les présents articles. Les dispositions du droit coutumier en vigueur sont ainsi préservées.
7) Les présents articles s'entendent sans préjudice des immunités que les États accordent aux souverains étrangers ou autres chefs d'État, à leur famille ou à leur suite, et qui, en pratique, peuvent aussi s'étendre à d'autres membres de leur entourage. » *Annuaire... 1986*, vol. II (deuxième partie). »

¹⁰⁶ Rapport préliminaire de Motoo Ogiso, op. cit. note 59, par. 42.

mentionner les privilèges des chefs d'État, mais aussi ceux qui sont reconnus aux chefs de gouvernement, ministres des affaires étrangères et personnalités de rang élevé. Le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord a estimé, lui aussi, que l'on devrait inclure certaines personnes liées à un chef d'État, par exemple les membres de sa famille qui vivent avec lui et les domestiques attachés à son service personnel. Appelant l'attention sur la Convention entre les États parties au Traité de l'Atlantique Nord sur le statut de leurs forces, il a également suggéré d'ajouter une clause de sauvegarde concernant les privilèges et immunités dont jouissent les forces armées d'un État lorsqu'elles se trouvent dans un autre État avec le consentement de ce dernier¹⁰⁷.

43. La question du fondement de l'immunité a donné lieu à une divergence de vues au sein de la Commission. Le Rapporteur spécial a estimé qu'il n'était pas très clair si, en droit coutumier, le chef de gouvernement et le ministre des affaires étrangères pouvaient se prévaloir des mêmes privilèges et immunités que le chef de l'État. Les privilèges et immunités dont jouissaient les membres de la famille du chef de l'État, les ministres des affaires étrangères et les personnalités de rang élevé leur étaient accordés par courtoisie internationale plutôt qu'en vertu du droit international établi. De même, les privilèges et immunités dont jouissaient les forces armées d'un État durant leur séjour dans un autre État étaient déterminés par accord entre les États intéressés plutôt que par le droit international coutumier. Le Rapporteur spécial a donc estimé qu'il n'y avait pas lieu de modifier le paragraphe 2. MM. Tomuschat¹⁰⁸, Rao¹⁰⁹, Koroma¹¹⁰, Solari Tudela¹¹¹, Pawlak¹¹², Roucounas¹¹³ et Al-Khasawneh¹¹⁴ ont dit préférer étendre expressément la portée du paragraphe 2 aux chefs de gouvernement, ministres des affaires étrangères et personnalités de rang élevé. MM. Rao, Koroma, Solari Tudela et Roucounas ont jugé indéfendable l'idée avancée par le Rapporteur spécial que ces privilèges étaient accordés « par courtoisie internationale plutôt qu'en vertu du droit international établi ».

44. Résumant le débat, le Rapporteur spécial s'est dit disposé à se rallier à l'opinion majoritaire sur ce point, certes avec des réserves au sujet de l'expression « personnalités de rang élevé », car il n'existait pas de critères convenus pour déterminer si telle personne occupe un rang élevé ou subalterne et, par suite, l'application de la disposition pourrait faire problème. Bien que le Rapporteur spécial ait proposé, dans son troisième rapport, un nouveau paragraphe qui englobait

¹⁰⁷ Ibid., par. 46 et 47. Sur les commentaires et observations des gouvernements, voir le document A/CN.4/410 et Add.1 à 5, *Annuaire ... 1988*, vol. II (première partie).

¹⁰⁸ Compte rendu analytique de la 2116^e séance, 9 juin 1989, *Annuaire ... 1989*, vol. I. M. Tomuschat a suggéré d'ajouter, après l'expression « chefs d'État », les mots « ou autres représentants de l'État », eu égard aux règles applicables du droit international et compte tenu de la possibilité que certains privilèges et immunités s'étendent à d'autres personnes.

¹⁰⁹ Ibid., compte rendu analytique de la 2117^e séance, 13 juin 1989.

¹¹⁰ Ibid., compte rendu analytique de la 2118^e séance, 14 juin 1989.

¹¹¹ Ibid.

¹¹² Ibid.

¹¹³ Ibid.

¹¹⁴ Ibid., compte rendu analytique de la 2119^e séance, 15 juin 1989. M. Al-Khasawneh a proposé d'inclure certaines personnes liées au chef d'État, par exemple les membres de sa famille vivant avec lui et les domestiques attachés à son service personnel, et peut-être aussi les premiers ministres et les ministres des affaires étrangères.

le chef de gouvernement et le ministre des affaires étrangères¹¹⁵, le Comité de rédaction a préféré une approche minimaliste, faisant observer que le paragraphe 2 s'appliquait aux privilèges et immunités accordés *ratione personae* au chef de l'État et non à ceux qui lui étaient reconnus en sa qualité d'organe de l'État. De l'avis du Comité de rédaction, la question ne devrait donc pas être mentionnée dans le projet d'articles sur l'immunité des États. Toutefois, comme aucun gouvernement n'avait proposé la suppression du paragraphe, on a jugé inopportun de le supprimer en deuxième lecture. Afin de souligner le sens qu'il convenait de donner à la clause de sauvegarde, on a assoupli le texte, en supprimant, de la version anglaise, l'article [les] précédant l'expression « privilèges et immunités »¹¹⁶.

c) Questions en suspens

45. Ce que dit la Convention de l'immunité laisse des questions en suspens dans quatre domaines au moins, à commencer par celui de l'immunité, de la juridiction pénale¹¹⁷. Ensuite, elle ne traite que de l'immunité *ratione materiae* des chefs d'État et autres représentants de l'État agissant *ès qualités* dans le contexte de l'immunité de l'État. Par sa conception même, la Convention ne s'applique pas en présence de régimes spéciaux d'immunité, y compris d'immunité *ratione personae*. La mention explicite des chefs d'État que fait l'article 3 ne signifie pas que l'immunité *ratione personae* des autres représentants de l'État soit affectée par la Convention¹¹⁸. En troisième lieu, l'applicabilité de celle-ci aux immunités

¹¹⁵ Troisième rapport (A/CN.4/431 et Corr.1) de Motoo Ogiso, Rapporteur spécial, *Annuaire...* 1990, vol. II (première partie). Le texte proposé se lit comme suit :

« 2. Les présents articles n'affectent pas non plus les privilèges et immunités que le droit international reconnaît *ratione personae* aux chefs d'État, aux chefs de gouvernement et aux ministres des affaires étrangères. »

Cette proposition a été faite après que le projet d'articles a été soumis au Comité de rédaction.

¹¹⁶ Projet d'articles sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens (A/CN.4/L. 444), Titre et texte adoptés par le Comité de rédaction en deuxième lecture : art. 1 à 10 et 12 à 16 – reproduits dans compte rendu analytique de la 2191^e séance, 11 juillet 1990, par. 23 et suiv., *Annuaire ...* 1990, vol. I.

¹¹⁷ Au paragraphe 2 de sa résolution 59/38, l'Assemblée générale a dit partager la conclusion générale à laquelle le Comité spécial était parvenu, à savoir que la Convention ne couvre pas les poursuites au pénal. Dans la déclaration qu'il a faite à la Sixième Commission, le Président du Comité spécial a attiré l'attention sur la recommandation de celui-ci qui figurait aux paragraphes 13 et 14 de son rapport, *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-neuvième session, Suppl. n° 22* (A/59/22) : l'Assemblée était invitée à adopter le projet de convention et préciser dans sa résolution sur ce point qu'il était entendu de manière générale que la Convention ne couvrirait pas la procédure pénale (A/C.6/59/SR.13, par. 32). À l'origine, ce point faisait partie des interprétations générales annexées à la Convention, *ibid.*, *cinquante-huitième session, Suppl. n° 22* (A/58/22), annexe II. Il a semblé par la suite que la question serait mieux venue dans une résolution de l'Assemblée générale (*ibid.*, *cinquante-neuvième session, Suppl. n° 22*) (A/59/22), par. 11).

¹¹⁸ Déclaration de la Sixième Commission du Président du Comité spécial sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens (A/C.6/59/SR.13, par. 37). Le Président a fait également observer qu'il fallait, d'une manière générale, lire la Convention en la rapprochant du commentaire de la Commission, dans la mesure en tout cas où le texte en parallèle présenté par celle-ci n'avait pas été modifié. Ce commentaire, les rapports du Comité spécial et la résolution de l'Assemblée générale portant adoption de la Convention constituent une partie importante des travaux préparatoires de la Convention. La lecture en parallèle du texte de la Convention et de son commentaire permettra très certainement d'éclaircir le sens des dispositions en cas de difficulté d'interprétation (*ibid.*, par. 35).

juridictionnelles des forces armées d'un État reste un point controversé¹¹⁹. En quatrième lieu, la Convention ne règle pas les questions d'immunité soulevées par les recours civils concernant des actes commis par un État en violation de règles relatives aux droits de l'homme ayant le caractère de règles de *jus cogens*, en particulier les actes de torture.

46. La Commission a chargé un groupe de travail¹²⁰ de rédiger des observations préliminaires, comme l'y avait invitée l'Assemblée générale dans sa résolution 53/98, sur les questions soulevées par le projet d'articles sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens qui restaient à examiner. Elle a alors attiré l'attention de l'Assemblée sur le développement de la pratique et de la législation des États en ce qui concernait les plaintes déposées auprès des juridictions nationales civiles. Ces plaintes étaient fondées sur l'idée que l'immunité doit être déniée en cas de mort ou de dommages corporels causés par les actes d'un État violant des normes des droits de l'homme ayant valeur de règles de *jus cogens*,

¹¹⁹ Dans sa déclaration devant la Sixième Commission, le Président du Comité spécial a précisé que la question de savoir si la Convention couvrait les activités militaires s'était posée. Il avait toujours été entendu que les activités militaires n'entreraient pas dans le champ de la Convention. En tout état de cause, il fallait renvoyer au commentaire de la Commission sur l'article 12, qui disait : « Cet article s'entend sans préjudice de la question des immunités diplomatiques, comme il est prévu à l'article 3, et ne s'applique pas non plus à des situations liées à des conflits armés. » (A/C.6/59/SR.13, par. 36). Il est également entendu que l'article 26 de la Convention, qui protège les régimes existants, implique nécessairement que des instruments comme la Convention européenne sur l'immunité des États de 1972 ont la préséance, au moins entre États parties aux deux instruments. L'article 31 de ce dernier texte, dispose qu' : « Aucune disposition de la présente Convention ne porte atteinte aux immunités ou privilèges dont un État contractant jouit en ce qui concerne tout acte ou omission de ses forces armées ou en relation avec celles-ci, lorsqu'elles se trouvent sur le territoire d'un autre État contractant. » Lors d'un séminaire consacré à l'immunité des États sous l'angle de la nouvelle Convention, tenu à Chatham House le 5 octobre 2005, M. Hafner, qui présidait le Comité spécial, s'est montré moins catégorique en déclarant que le commentaire de la Commission avait déjà précisé que les activités militaires menées en situation de conflit armé ne relevaient pas de la Convention. La question était de savoir si toutes les activités militaires en étaient exceptées de la même façon. M. Hafner a rappelé la déclaration du Président du Comité spécial, reprenant le libellé de la Convention, mais ajoutant qu'il avait l'impression que celle-ci couvrait toutes les activités militaires mais qu'elle laissait à chaque État le soin de tirer ses propres conclusions. Andrew Dickinson a fait observer au même séminaire que la notion d'« activités militaires » était plus large que celle de « situation de conflit armé ». Les événements qui se produisent en temps de guerre peuvent obliger à appliquer des principes différents à l'immunité de l'État de la juridiction civile. On trouvera un résumé du séminaire à l'adresse http://www.chathamhouse.org.uk/files/3280_ilpstateimmunity.pdf (consulté le 21 février 2008). Dans les observations qu'il a présentées sur ce sujet, le Japon a déclaré qu'il convenait de régler la question de l'immunité juridictionnelle des forces armées au niveau bilatéral et que les forces armées en poste dans un autre État devaient être uniformément exclues du champ du projet d'articles (document A/48/464, annexe).

¹²⁰ Dans sa résolution 53/98, l'Assemblée générale a invité la Commission à lui présenter ses observations sur les questions de fond non encore réglées se rapportant au projet d'articles sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, compte tenu de l'évolution récente de la pratique des États et des autres facteurs se rapportant à cette question apparus depuis l'adoption du projet d'articles.

en particulier l'interdiction de la torture¹²¹. Il fallait également songer à l'affaire *Pinochet*, qui avait bien fait voir les limites de l'immunité en cas de violation des droits de l'homme commise par des agents de l'État. Bien que dans cette affaire la distinction ait été faite entre les décisions sur la non-immunité et les décisions faisant droit à l'exception d'immunité souveraine civile parce qu'il s'agissait d'une affaire pénale, la Commission a noté que l'affaire *Pinochet* avait conforté l'idée que des agents de l'État ne devraient pas être habilités à faire valoir l'immunité en cas d'acte de torture commis sur leur propre territoire, qu'il s'agisse d'actions intentées au civil ou au pénal. La Commission a noté également que ces faits nouveaux n'avaient pas été expressément traités au moment de l'examen des questions restant à régler mais qu'ils ne pouvaient être ignorés¹²². Il n'en reste pas moins que la Convention passe cette question sous silence.

47. On peut faire en conclusion quelques remarques :

a) Les termes « procédures » et « poursuites » ne sont pas définis dans la Convention. Cependant, celle-ci dit clairement qu'il faut comprendre qu'elle ne couvre pas les poursuites pénales devant un organe d'État habilité à exercer des fonctions judiciaires, quel que soit le degré juridictionnel et quel que nom qu'elle porte¹²³. C'est ce qu'a confirmé l'Assemblée dans sa résolution 59/38, qui porte la Convention en annexe;

b) Au cours de la rédaction du projet d'articles sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, on a essayé de régler la question des immunités *ratione personae* au moins pour le souverain et le chef d'État. En fin de compte, l'adoption d'une disposition de sauvegarde, devenue l'article 3 de la Convention, a laissé la question en suspens. De l'idée, que lui avait inspiré son *Examen d'ensemble du droit international* de 1949, qu'il serait utile d'inclure les immunités du chef d'État dans les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens qui étaient à codifier, la Commission est passée à la solution consistant à ne prévoir de disposition de fond sur la question que sous forme de clause de sauvegarde;

c) La proposition de M. Sucharitkul, Rapporteur spécial, tendant à étendre aux immunités *ratione personae* des représentants de l'État le champ d'application des articles sur les immunités juridictionnelles, s'appuie fortement sur l'article 31 de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, et semble aller dans le sens de la pratique suivie par certains pays au niveau interne¹²⁴;

d) Dans la Convention, le terme « État » couvre les souverains et les chefs d'État agissant *ès qualités*, ainsi que les chefs de gouvernement, les chefs de

¹²¹ Aux États-Unis par exemple, la loi de 1976 sur les immunités des souverains étrangers (*Foreign Sovereign Immunities Act*), ou *FSIA*, a été amendée et enrichie d'une nouvelle exception : l'article 221 de la loi de 1996 sur la lutte contre le terrorisme et l'application effective de la peine de mort (*Antiterrorism and Effective Death Penalty Act*) prévoit que l'immunité ne peut être invoquée dans une affaire « où réparation est demandée en espèces à un État étranger à raison de dommages corporels ou de décès causés par un acte de torture, une exécution extrajudiciaire, le sabotage d'un aéronef, la prise d'otages... », États-Unis, Public Law 104-132, 110 Stat. 1214 (1996).

¹²² Rapport du Groupe de travail sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens (A/CN.4/L.576), *Annuaire ... 1999*, vol. II (deuxième partie), appendice, par. 3 à 13.

¹²³ Al. 2 1) a).

¹²⁴ Voir, par exemple, la loi britannique de 1978 sur l'immunité des États (*State Immunity Act*).

département ministériel, les ambassadeurs et les chefs de mission ayant qualité de représentants, ce qui présente un risque de chevauchement entre la Convention et les immunités éventuellement prévues par le droit coutumier *ratione personae*, surtout lorsque la question de cette immunité *ratione personae* est soulevée à propos de crimes de droit international. C'est ce que l'on verra ci-dessous dans la deuxième partie;

e) La question de l'immunité de la juridiction pénale pour les crimes de droit international dont la Commission s'est préoccupée lorsqu'elle travaillait sur le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité n'a pas été oubliée au cours des débats et il est apparu qu'il ne fallait pas préjuger de résultats du travail qui y était consacré. Les conclusions de la Commission feront l'objet de la section D de la présente partie.

3. Autres modalités d'exemption de la compétence judiciaire

48. Après avoir examiné, à la section C.1 d) ci-dessus, les divers aspects des immunités juridictionnelles tenus pour des aspects de procédure, on constate qu'il existe d'autres techniques qui empêchent les tribunaux d'exercer leur compétence à l'égard de telle ou telle affaire. Les paragraphes qui vont suivre traitent de la question de non-justiciabilité et de la doctrine de l'« acte de gouvernement ». Tous les dossiers dont on saisit un tribunal ne sont pas susceptibles d'un règlement par décision judiciaire. Une affaire n'est justiciable que si elle peut être jugée selon la loi¹²⁵. Dans certains droits internes inspirés du principe constitutionnel de la séparation des pouvoirs, il y a des questions qui relèvent expressément de la compétence du pouvoir exécutif et ne sont pas justiciables des tribunaux. De ce point de vue très général, l'immunité de l'État et la doctrine de l'« acte de gouvernement » qui permettent d'échapper aux juridictions de jugement, relèvent toutes deux de la problématique de la justiciabilité.

a) Non-justiciabilité

49. Une exception de non-justiciabilité peut être soulevée dans une procédure, qu'un État étranger y soit ou non partie¹²⁶, au stade préliminaire ou pendant l'examen au fond de l'affaire¹²⁷. Lorsqu'elle l'est dans une procédure concernant les actes d'un gouvernement étranger, le tribunal refuse normalement de statuer sur ce qui se fait dans l'exercice du pouvoir souverain, par exemple pour déclarer la guerre, faire la paix, conclure un traité international ou céder une portion de territoire¹²⁸.

50. Dans l'affaire *Buttes Gas and Oil Company v. Hammer* (n° 3)¹²⁹, Lord Wilberforce a résilié cette doctrine, au moins dans le droit anglais, de la manière suivante :

« Je pense donc que le point essentiel est celui de savoir [...] s'il existe en droit anglais un principe plus général voulant que les tribunaux ne se prononcent pas sur les opérations d'un État étranger souverain. Bien que je

¹²⁵ Shaw, op. cit. note 26, p. 162.

¹²⁶ Fox, op. cit. (2006) note 84, p. 384.

¹²⁷ Ibid.

¹²⁸ Shaw, op. cit. (2003) note 26, p. 384.

¹²⁹ [1982] A.C. 888. Voir également *International Law Reports*, vol. 64, p. 331.

préfère éviter les querelles de langage, il me semble souhaitable, dans l'affirmative, de considérer que ce principe n'est pas une variante de la notion d'"acte de gouvernement" mais une expression de la réserve judiciaire ou de la volonté de s'abstenir du juge. »¹³⁰

51. Dans l'affaire en question, il était clair pour le Tribunal que s'il permettait à la procédure de prospérer, il aurait à se prononcer lui-même sur des questions concernant a) l'identité de l'État dont la souveraineté s'exerçait sur une certaine zone; b) la largeur des eaux territoriales de cette zone; et c) les limites du plateau continental entre les États. Les approfondir l'aurait amené à examiner le sens et les effets des déclarations parallèles et la question de savoir si elles constituaient un accord inter-États et si elles étaient « illicites » en droit international. Le Tribunal s'est abstenu, considérant que ce n'était pas des matières dont pouvait trancher une juridiction interne. Hormis le risque de créer une gêne dans les relations internationales, « il n'y avait pas de normes judiciaires ou de normes applicables qui eussent permis de trancher ces questions. La Cour se retrouverait dans un no-man's land judiciaire. »¹³¹

52. Ainsi, la non-justiciabilité, telle que l'entendent en tout cas les traditions juridiques anglo-américaines, empêche un tribunal national de se prononcer sur certaines questions relevant par exemple des relations interétatiques parce qu'il n'existe pas de norme judiciaire ni de règle applicable pour ce faire¹³². Non-justiciabilité ne signifie pas que le tribunal soit affecté d'un handicap consistant à ne pouvoir reconnaître la validité du droit international ni considérer qu'une violation de ce droit s'est produite. Dans certaines circonstances, il est normal qu'il tienne compte, par exemple du contenu du droit international lorsqu'il décide de reconnaître ou non la validité d'une loi étrangère¹³³.

b) Théorie de l'« acte de gouvernement »

53. La théorie de l'« acte de gouvernement » est liée à celle de la non-justiciabilité mais ses limites et son statut en droit international restent flous. Pour certains commentateurs, il s'agit essentiellement d'une doctrine de conflit de lois¹³⁴; pour

¹³⁰ Ibid., p. 344.

¹³¹ Ibid., p. 351.

¹³² Fox, op. cit. (2006) note 26, p. 364.

¹³³ Voir Lord Nicholls, *Kuwait Airways Corp v. Iraqi Airways Co. et al.* (n° 2), 16 mai 2002, [2002] UKHL 19, par. 26. Voir <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200102/ldjudgmt/jd020516/kuwait-1.htm> (dernière consultation le 5 février 2008). Lord Hope a déclaré (par. 140) :

« À mes yeux, l'exception de politique publique a pour essence de ne pas connaître ce handicap. La règle d'or est de veiller à ne pas en étendre l'application au-delà des limites du principe. Ce sont ces limites qui exigent de la retenue judiciaire quand il y a le moindre doute. On a plus besoin de retenue que d'abstention. Et il n'est pas besoin d'une restriction motivée par la politique publique quand il est indiscutable qu'une norme bien établie du droit international a été enfreinte. »

¹³⁴ Pour divers points de vue, voir à titre général Louis Henkin, « Act of State today: Recollection in Tranquility », *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 6 (1967), p. 175. Voir également : House of Lords, *Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet Ugarte*, 25 novembre 1998, reproduit dans *International Legal Materials*, vol. 37, 1998 « Pinochet (n° 1) », Lord Nicholls, p. 1331 :

« La doctrine de l'"acte de gouvernement" est un principe de *common law* d'application incertaine qui empêche le juge anglais d'examiner la légalité de certains actes accomplis

d'autres, ce n'est pas une règle de droit international public¹³⁵. Un commentateur a trouvé au moins sept cas dans lesquels l'expression « acte de gouvernement » s'emploie dans le contexte juridique¹³⁶. Il faut distinguer deux types d'« actes de gouvernement » aux fins de la présente étude. Il a déjà été question ci-dessus, à l'alinéa 1 d) de la section C, des « actes de gouvernement » comme cas dans lesquels un gouvernement étranger est exempté de l'action en justice, pour lui-même et pour ses biens. C'est ce que l'on considère comme l'immunité des États proprement dite. Il existe cependant un autre type d'« acte de gouvernement » qui suppose qu'une décision du gouvernement d'un État, l'adoption d'une loi par exemple, ne fait pas l'objet d'une enquête dans le cadre de la procédure judiciaire du tribunal d'un autre État. Ce type d'exemption peut être allégué dans une procédure où est partie un particulier ou un État étranger¹³⁷. Selon l'arrêt *Underhill v. Hernandez*, *locus classicus* en la matière :

« Tout État souverain est tenu de respecter l'indépendance de tout autre État souverain. Les tribunaux d'un État ne peuvent pas s'ériger en juges des actes du Gouvernement d'un autre État posés à l'intérieur du territoire de ce dernier. Le redressement des griefs que peuvent faire naître ces actes ne peut être obtenu que par les moyens auxquels les États souverains peuvent recourir entre eux. »¹³⁸

54. Si la théorie de l'« acte de gouvernement » est bien établie dans les systèmes de *common law*, on la retrouve rarement dans les tribunaux de tradition romaine¹³⁹. Elle relève de la loi de fond¹⁴⁰. Au contraire de l'exception d'immunité, elle ne

dans l'exercice du pouvoir souverain à l'intérieur d'un pays étranger ou, à l'occasion, à l'extérieur. Les *dicta* du XIX^e siècle (par exemple dans les affaires *Duke of Brunswick v. King of Hanover* (1848) 2 H.L.Cas. 1, et *Underhill v. Hernandez* (1897) 169 U.S. 456), donnent à penser qu'elle n'est que le reflet d'une règle de droit international. La conception moderne veut qu'il s'agisse d'un principe de droit interne qui relève de la reconnaissance par les tribunaux du fait que certaines questions liées aux affaires étrangères ne sont pas justiciables (*Buttes Gas and Oil Co. v. Hammer* [1982] A.C. 888) et, particulièrement aux États-Unis, que l'intervention judiciaire dans les relations internationales empiète parfois sur le ressort des deux autres pouvoirs du gouvernement (*Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino* 376 U.S. 398). »

¹³⁵ Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 6^e éd. (Oxford, New York, Oxford University Press, 2003), p. 483. Voir également *Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino*, 307 F.2d 845 (1962), p. 855 :

« la doctrine de l'« acte de gouvernement », brièvement résumée, veut que les tribunaux américains ne se prononcent pas sur la validité des actes accomplis par des gouvernements étrangers en leur qualité d'État souverain sur leur propre territoire [...] C'est une règle de conflit de lois appliquée par les tribunaux américains, ce n'est pas à proprement parler une règle de droit international [...] Cette théorie découle du principe de l'immunité du souverain car « le souverain ne peut pas causer de tort ». »

¹³⁶ Philip Allott, « The courts and the Executive: Four House of Lords Decisions », *Cambridge Law Journal*, vol. 36 (1977), p. 270.

¹³⁷ Fox, op. cit. (2006) note 26, p. 364.

¹³⁸ *Underhill v. Hernandez*, 168 U.S. 250, 18 S.Ct. 83, 42 L.Ed.456 (1897).

¹³⁹ Oliver, Firmage et coll., op. cit. note 14, p. 624 : Les tribunaux de droit romain invoquent le principe pour s'opposer à l'examen de la légitimité d'une règle de droit étrangère qui serait autrement applicable. Une règle étrangère qui violerait l'ordre public de l'État du for ne sera pas appliquée. Le terme d'« acte de gouvernement » est cependant rarement employé.

¹⁴⁰ Fox, p. 364. Voir également Brownlie, op. cit. (2006) note 26, p. 50.

relève pas de la procédure¹⁴¹. La doctrine n'est pas absolue. Elle connaît des exceptions¹⁴². Depuis l'opinion célèbre formulée par Cardozo dans l'affaire *Loucks v. Standard Oil Co of New York*, qui voulait que le tribunal n'écarte la loi étrangère que lorsqu'« elle viole un principe fondamental de justice, la définition du moment de la moralité, une conception traditionnelle enracinée du bien commun »¹⁴³, l'acte d'un gouvernement étranger ne peut être exécuté dans l'État du for s'il est contraire à la politique du gouvernement de cet État. Dans l'affaire *Oppenheimer v. Cattermole*, qui mettait en cause le décret de 1941 par lequel le Gouvernement national-socialiste allemand dépouillait les Juifs immigrés de leur nationalité allemande avec pour conséquence la confiscation de leurs biens, Lord Cross of Chelsea a déclaré qu'une loi discriminatoire sur le plan racial comme celle-là était une violation si grave des droits de l'homme que les tribunaux du Royaume-Uni devaient refuser de lui reconnaître le caractère de loi¹⁴⁴.

55. Dans l'affaire *Kuwait Airways Corp v. Iraqi Airways Co.* (n° 2), Lord Nicholls a fait observer ceci :

« Lorsqu'ils ont à statuer en s'appuyant sur des lois étrangères, les tribunaux de notre pays doivent avoir le pouvoir supplétif, exercé à titre exceptionnel et avec la plus grande circonspection, d'écarter une disposition de droit étranger quand ils feraient sinon injure aux principes fondamentaux de la justice et de l'équité que les tribunaux cherchent à faire valoir dans l'administration de la justice de notre pays. Les violations graves des droits de l'homme sont des exemples, et des exemples importants, d'un tel cas de figure. Le principe ne peut cependant être borné à une catégorie particulière de lois inacceptables. Cela serait contraire au bon sens et à la logique. Une loi peut être fondamentalement inacceptable pour d'autres raisons que les violations des droits de l'homme. »¹⁴⁵

56. Il faut faire à ce propos une dernière remarque. On a aussi invoqué le moyen de l'« acte de gouvernement » dans des procédures pénales¹⁴⁶. Or, la variété d'« acte de gouvernement » dont il s'agit, définie par la maxime *par in parem non habet imperium*, relève de l'immunité *ratione materiae*. Cela signifie que l'État ne peut juger une personne pour un acte criminel qui est l'« acte de gouvernement » d'un autre État sans que ce dernier État consente à l'action judiciaire ouverte contre cette personne. Selon Kelsen, l'État au nom duquel l'« entité » (dirigeant ou représentant) a agi est seul responsable de la violation par cette entité du droit international, alors que l'auteur n'en est pas responsable lui-même, sauf espionnage

¹⁴¹ Voir cependant la thèse défendue par les auteurs qui considèrent que l'immunité *ratione materiae* est un moyen de défense de fond; voir *infra*, note 213.

¹⁴² Voir d'une manière générale Fox, op. cit. (2006) note 26, p. 384.

¹⁴³ (1918) 120 NE 198, p. 202.

¹⁴⁴ [1976] AC 249, p. 277 et 278.

¹⁴⁵ Par. 18. Dans cette affaire, Lord Hope a conclu :

« ... Je suis prêt à soutenir que l'acte législatif d'un État étranger qui constitue une violation flagrante d'une règle de droit international clairement établie ne doit pas être reconnu par les tribunaux de notre pays comme faisant partie du *lex situs* de cet État. »

¹⁴⁶ Lors *Sylnn of Hadley* a déclaré, dans l'affaire *Pinochet* (n° 1) que « malgré des divergences de vues sur ce que la doctrine de l'« acte de gouvernement » recouvre, [...] une fois qu'il est établi que l'ancien chef d'État bénéficie de l'immunité d'arrestation et d'extradition selon les principes que je viens d'indiquer, les tribunaux du Royaume-Uni ne statuent pas sur les faits ayant motivé l'arrestation mais, comme l'a dit Lord Wilberforce [dans l'affaire *Buttes Gas*], ils font preuve de retenue judiciaire ou s'abstiennent ».

ou trahison en temps de guerre¹⁴⁷. On a soutenu que cette règle générale était bien établie en droit international¹⁴⁸. Dans l'affaire *Eichmann*¹⁴⁹, il était allégué que les crimes contre le peuple juif, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre dont l'intéressé était accusé avaient été commis dans le cadre des fonctions officielles de celui-ci et constituaient un « acte de gouvernement » dont l'État allemand était seul responsable. Le tribunal de district a réajouté cette argumentation pour plusieurs raisons. D'abord, il a fait remarquer que la théorie de l'« acte de gouvernement » avait déjà été démentie par le droit des gens en matière de crime international. Elle avait été rejetée par le Tribunal international de Nuremberg¹⁵⁰, puis par l'Assemblée générale des Nations Unies affirmant dans sa résolution 95 (I) du 11 décembre 1946 « les principes du droit international reconnus par le statut de la Cour de Nuremberg ». Dans la résolution 96 (I) de la même date, elle a affirmé que le génocide était un crime de droit international. Le principe III des Principes de Nuremberg formulés par la Commission du droit international et l'article IV de la Convention sur le génocide illustrent ce rejet de l'immunité quand elle concerne un crime particulièrement odieux.

57. Ensuite, le tribunal de district a repoussé la théorie de Kelsen, faisant observer que l'État qui avait planifié et mis en œuvre la « solution finale » ne pouvait être traité comme *par in parem* et ne pouvait qu'être tenu pour une bande de criminels.

58. L'argument a également été rejeté par la Cour suprême. Celle-ci, se rangeant à l'avis du tribunal de district, a déclaré que la théorie de l'« acte de gouvernement », quelle que fût par ailleurs sa valeur, ne pouvait être invoquée comme moyen de défense en cas de crime international, à la lumière de l'article 7 du Statut du Tribunal militaire international, des Principes de Nuremberg et de la Convention sur le génocide. L'essence même du Statut était l'idée que les personnes physiques ont des devoirs internationaux qui transcendent le devoir national d'obéissance imposé par les États. Celui qui viole les lois de la guerre ne peut jouir de l'immunité qui s'attache à l'exercice du pouvoir de l'État si l'État en cause a outrepassé sa compétence en droit international en autorisant les infractions en question.

59. Le Tribunal a aussi fait observer que la théorie de l'« acte de gouvernement » dérivait de la notion de « souveraineté », qui n'était pas absolue, et qu'elle devait s'appliquer de la même façon qu'elle, c'est-à-dire sans être non plus absolue. De surcroît, la théorie n'avait plus aucune base lorsqu'il s'agissait d'actes interdits par le droit des gens, et surtout d'infractions internationales relevant de la catégorie des « crimes contre l'humanité ». Du point de vue du droit international, ces actes étaient totalement en dehors de la juridiction « souveraine » de l'État qui en ordonnait ou avalisait l'exécution et ceux qui les commettaient avaient donc à en répondre personnellement, sans pouvoir s'abriter derrière la nature officielle de leur mission ou de leur charge, ni derrière les « lois » de l'État en vertu desquelles il les

¹⁴⁷ Hans Kelsen, « Collective and individual responsibility in international law with particular regard to punishment of war criminals », *California Law Review*, vol. 31 (1942-1943), p. 530.

¹⁴⁸ *Le Procureur c/ Blaškić*, (IT-95-14), Chambre d'appel, 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, par. 41. De manière générale, voir également Akehurst, op. cit. note 14, p. 240 et suivantes.

¹⁴⁹ État d'Israël c. Adolf Eichmann, par. 28, tribunal de district de Jérusalem, et Cour suprême siégeant en appel.

¹⁵⁰ Ibid.

avait commis. Le droit international postulait qu'il était impossible pour un État de sanctionner un acte qui faisait fi des interdictions les plus strictes.

60. Des arguments du même genre ont été avancés à Nuremberg¹⁵¹. La défense a d'abord soutenu que des individus ne pouvaient être pénalement responsables en droit international puisque seuls les États étaient sujets de ce droit et pouvaient seuls être tenus responsables d'un crime « de droit international ». Elle a ensuite allégué que certains actes imputés aux accusés en tant que crimes contre la paix étaient des actes de gouvernement qui ne pouvaient l'être qu'à l'État et aux individus qui les avaient commis en tant qu'organes de cet État. Punir des particuliers pour leurs décisions en matière de guerre et de paix reviendrait à détruire la notion d'État. La défense a quand même admis que les coutumes de la guerre avaient exceptionnellement fait disparaître, pour certains crimes de guerre, « le mur élevé par le droit international, respectueux des souverainetés nationales, entre les actes de la personne physique et les actes de la puissance étrangère ».

61. À son tour, l'accusation a nié qu'il existât en droit international un principe voulant que seul l'État et non l'individu soit tenu responsable en droit international : les affaires de piraterie, d'infraction à un blocus, d'espionnage et de crime de guerre attestaient l'existence de certains devoirs que le droit international imposait directement aux personnes physiques¹⁵². Les crimes que réprimait le statut du Tribunal de Nuremberg montraient bien la nécessité de confirmer que les droits et les devoirs des États étaient les droits et les devoirs des êtres humains et qu'à moins « de s'imposer à des individus, ils ne pouvaient s'imposer à personne ».

62. Rejetant la théorie de l'« acte de gouvernement », l'accusation a ajouté que la série de décisions confirmant qu'un État n'avait aucun pouvoir sur un autre État souverain, ni sur son chef ni sur son représentant, était fondée sur les principes de la bienveillance entre nations et de l'harmonie dans les relations internationales. Elle ne permettait pas de soutenir que ceux qui composaient les organes d'État – c'est-à-dire les personnes physiques derrière l'État – avaient le droit de s'appuyer sur l'entité métaphysique qu'ils avaient créée et qu'ils dirigeaient quand l'État avait entrepris sous leurs ordres de détruire cette courtoisie même qui était le fondement des règles du droit international.

63. Le Tribunal n'a pas hésité à affirmer la réalité de la responsabilité pénale individuelle en droit international; il était depuis longtemps admis que le droit

¹⁵¹ Procès des grands criminels de guerre devant le Tribunal militaire international, Nuremberg, 14 novembre 1945-1^{er} octobre 1946. Édition française officielle publiée par le Secrétariat du Tribunal sous la juridiction des Autorités alliées de contrôle pour l'Allemagne, Nuremberg (Allemagne) 1947. De manière plus générale, voir *Mémoire du Secrétaire général intitulé « Le statut et le jugement du Tribunal de Nuremberg : Historique et analyse »*, document A/CN.4/5 (publication des Nations Unies, numéro de vente : 1949.V.7). Voir également l'étude du Secrétariat intitulée « *Analyse historique des faits relatifs à l'agression* » (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.03.V.10).

¹⁵² Pour ce qui est de l'espionnage, voir les articles 29 à 31 du Règlement annexé à la Convention concernant les lois et coutumes de la guerre sur Terre (Convention de La Haye IV), 18 octobre 1907.

L'article 41 de la Convention concernant les lois et coutumes de la guerre sur Terre (La Haye, 28 juillet 1889) se lit comme suit :

« La violation des clauses de l'armistice par l'une des parties donne à l'autre le droit de la dénoncer et mieux, en cas d'urgence, de reprendre immédiatement les hostilités. »

international imposait des devoirs et des obligations aux individus aussi bien qu'aux États. Selon un passage souvent cité :

« Ce sont des hommes et non des entités abstraites qui commettent les crimes dont la répression s'impose comme sanction du droit international. »¹⁵³

64. Quant à la théorie de l'« acte de gouvernement », le Tribunal a déclaré :

« Le principe du droit international qui, dans certaines circonstances, protège les représentants d'un État, 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 se soustraire à la procédure normale pour se mettre à l'abri du châtement. »¹⁵⁴

65. S'appuyant aussi sur l'article 7 du statut, il a affirmé :

« [...] une idée fondamentale du Statut est que les obligations internationales qui s'imposent aux individus priment leur devoir d'obéissance envers l'État dont ils sont ressortissants. Celui qui a violé les lois de la guerre ne peut, pour se justifier, alléguer le mandat qu'il a reçu de l'État, du moment que l'État, en donnant ce mandat, a outrepassé les pouvoirs que lui reconnaît le droit international. »¹⁵⁵

66. La façon dont a été traité l'« acte de gouvernement » dans l'affaire *Eichmann* et à Nuremberg est liée aux questions relevant de l'immunité *ratione materiae*, dont il sera question plus en détail dans la deuxième partie ci-dessous.

D. Responsabilité pénale individuelle et levée de l'immunité

67. Pour déterminer s'il existait une exception quelconque à la règle consacrant l'immunité de juridiction pénale d'un ministre des affaires étrangères en exercice, la Cour internationale de Justice, ayant, dans l'affaire relative au Mandat d'arrêt, examiné les règles afférentes à l'immunité ou à la responsabilité pénale des personnes possédant une qualité officielle contenues dans les instruments juridiques créant des juridictions pénales internationales, a constaté qu'elle ne pouvait pas conclure à l'existence, en droit international coutumier, d'une telle exception en ce qui concerne les juridictions nationales¹⁵⁶. Elle a également observé que l'immunité de juridiction pénale et la responsabilité pénale individuelle étaient des concepts nettement distincts. Opposant ces deux concepts, la Cour a noté que l'immunité de juridiction revêtait un caractère procédural alors que la responsabilité pénale touchait au fond du droit¹⁵⁷.

68. Toutefois, cette dichotomie formaliste tend à obscurcir la nature de la relation dynamique qui semble exister entre les deux concepts. Cette relation entre juridictions pénales internes, d'une part, et juridictions internationales, d'autre

¹⁵³ Nazi Conspiracy and Aggression, Opinion and Judgment (Washington: United States Government Printing Office, 1947), p. 53, cité dans le Mémoire du Secrétaire général intitulé « *Le statut et le jugement du Tribunal de Nuremberg* », op. cit., p. 44.

¹⁵⁴ Ibid., p. 42.

¹⁵⁵ Ibid., p. 44 et 45.

¹⁵⁶ *Mandat d'arrêt* ..., op. cit. note 3, par. 58.

¹⁵⁷ Ibid., par. 60.

part¹⁵⁸, conserve son intérêt, s'agissant de question d'immunité. Ainsi que trois juges l'ont conclu dans leur opinion individuelle dans l'affaire relative au *Mandat d'arrêt* : « On admet de plus en plus qu'il importe de faire en sorte que les auteurs de crimes internationaux graves ne demeurent pas impunis, et ce fait a eu un impact sur les immunités dont jouissaient les hauts dignitaires de l'État en vertu du droit coutumier traditionnel »¹⁵⁹.

69. Il existe un lien étroit entre immunité et responsabilité pénale individuelle. En particulier, deux faits nouveaux intervenus dans le droit pénal international au XX^e siècle semblent avoir influé sur les débats au sujet de l'évolution des immunités : la création d'une juridiction pénale internationale et le développement des règles de fond relatives au défaut de pertinence de la qualité officielle, chacun d'eux plaçant plus haut la barre de la responsabilité pour les crimes particulièrement graves. Afin de replacer les questions d'immunité envisagées dans la deuxième partie de l'étude dans leur contexte, la présente section retrace l'historique de l'essor du droit pénal international et passe en revue ses dispositions consacrant le défaut de pertinence de la qualité officielle aux fins de la responsabilité pénale¹⁶⁰.

1. Juridiction pénale internationale

70. Si, au plan interne, la fonction législative du Parlement est complétée par les pouvoirs juridictionnels des tribunaux, ainsi que par les fonctions de maintien de l'ordre, l'évolution du système juridique international a suivi un schéma différent. En droit international classique, la prohibition des infractions qualifiées de *delicta juris gentium* n'est pas allée de pair avec la volonté ou la possibilité de donner à un tribunal ou à un organe international compétence à l'égard de ces infractions. En fait, la question de la qualification de crime international attribuée à certains actes déterminés et celle de la juridiction pénale internationale ont évolué séparément jusqu'à ce que cette dernière fasse l'objet d'étude sérieuse au lendemain de la Première Guerre mondiale (1914-1919)¹⁶¹. Le système international s'en remettait au droit interne pour la répression des infractions. On avait généralement tendance à donner compétence à des juridictions internes pour les crimes internationaux ou à présumer que la compétence serait exercée par ces juridictions. La guerre et d'autres facteurs ont orienté les débats vers la question de la création d'une juridiction pénale internationale, système regardé comme étant mieux à même de garantir le respect de la légalité que la justice interne rendue par les États victorieux.

71. De plus, chose sans doute importante dans l'optique de la présente étude, il y avait quelque incertitude quant aux règles à appliquer pour déterminer la

¹⁵⁸ Voir l'exposé que le Président Shi (ancien Président de la Cour internationale de Justice) a présenté sur les immunités en droit international dans la jurisprudence de la CIJ, à l'occasion de la visite du Premier Ministre de Madagascar, le 23 octobre 2003 (texte disponible à l'adresse : <http://www.icj-cij.org/presscom/index.php?p1=6&p2=1&pr=97&search=%22owed%22>).

¹⁵⁹ Opinion individuelle commune de M^{me} Higgins, M. Kooijmans et M. Buergenthal, par. 74.

¹⁶⁰ La nature de cette interaction entre le développement du droit pénal international et les immunités des représentants de l'État devant les juridictions nationales est examinée ci-après sous l'angle de l'immunité *ratione personae* (*infra*, deuxième partie, sect. A) et celui de l'immunité *ratione materiae* (*infra*, deuxième partie, sect. B).

¹⁶¹ Voir, de façon générale, le Mémoire du Secrétaire général, intitulé « Historique du problème de la juridiction criminelle internationale » (A/CN.4/7/Rev.1) (publication des Nations Unies, numéro de vente : 1949.V.8). Voir également le Rapport de Ricardo Alfaro sur le problème de la juridiction criminelle internationale, op. cit. note 37.

responsabilité, en matière de crimes de guerre, des souverains, chefs d'État et hauts fonctionnaires en temps de guerre¹⁶². L'idée prédominante à l'époque était que les chefs d'État ne pouvaient en aucune manière être traduits en justice ou tenus responsables des actes de leurs subordonnés. S'agissant des fonctionnaires civils dont l'activité criminelle ne dépassait pas les limites du territoire de l'État qu'ils servaient, la primauté du principe de territorialité impliquait qu'ils n'étaient tenus responsables que dans la mesure où la législation de l'État sur le territoire duquel le crime avait été commis pouvait le prescrire¹⁶³.

72. Entre les deux guerres mondiales¹⁶⁴, et par la suite¹⁶⁵, la thèse dominante a

¹⁶² Mémoire du Secrétaire général (A/CN.4/7/Rev.1), op. cit. note 161, p. 2.

¹⁶³ Ibid.

¹⁶⁴ Des propositions faites à la Conférence de la paix de Paris de 1919 prévoyaient le jugement, par des tribunaux internationaux, de ressortissants des puissances vaincues accusés de « violations [aussi] graves des principes les plus élémentaires du droit international » et des poursuites à l'encontre, notamment, de toutes autorités civiles ou militaires appartenant à des pays ennemis, si haut placées qu'elles aient été, leur rang, chefs d'État compris, qui ont ordonné des actes en violation des lois ou coutumes de la guerre, ou qui, en connaissance de cause et ayant le pouvoir d'intervenir, se sont abstenues d'empêcher ou de prendre des dispositions pour empêcher, arrêter ou réprimer de pareils actes (sans que ces cas d'abstention puissent servir de fait justificatif aux auteurs matériels); Commission des responsabilités des auteurs de la guerre et sanctions, rapport présenté à la Conférence des préliminaires de la paix, *American Journal of International Law*, vol. 14 (1920), p. 95 à 154. Toutefois, les divergences de vues entre puissances victorieuses ne se sont cristallisées que dans l'article 227 du Traité de Versailles aux termes duquel les puissances alliées et associées ont mis en accusation publique Guillaume II de Hohenzollern, ex-empereur d'Allemagne, pour « offense suprême contre la morale internationale et l'autorité sacrée des traités », devant un tribunal spécial; voir *Memorandum of reservations presented by representatives of the United States to the Report of the Commission on Responsibilities*, ibid. Le procès n'eût jamais lieu. Guillaume de Hohenzollern s'est réfugié aux Pays-Bas et le Gouvernement néerlandais, invoquant le principe *nullum crimen sine lege*, a refusé de livrer l'ex-empereur aux Puissances alliées et associées. Pour d'autres initiatives, voir le projet de statut de la *Cour internationale criminelle*, tel qu'amendé par le Comité sur la Cour permanente internationale criminelle de l'Association de droit international, *Report of the Thirty Fourth Conference (Vienne, August 5th to 11th 1926)*, 1927, p. 113 et 125; résolution de l'Union interparlementaire sur la criminalité de la guerre d'agression et l'organisation d'une répression internationale (1925), *Union interparlementaire, compte rendu de la XXIII^e Conférence* (Washington, 1925), p. 46 à 50 et 801. Vœu du Congrès international de droit pénal concernant une Cour criminelle internationale (Bruxelles, 1926), *Premier Congrès international de droit pénal, Actes du congrès*, p. 634; projet de statut pour la création d'une chambre criminelle de la Cour internationale de Justice adopté par l'Association internationale de droit pénal à Paris, le 16 janvier 1928, et révisé en 1946, annexe 7 du Mémoire du Secrétariat; Convention pour la création d'une Cour pénale internationale, ouverte à la signature à Genève le 16 novembre 1947, annexée à la Convention pour la prévention et la répression du terrorisme, ibid., annexe 8; Conclusions adoptées par l'Assemblée internationale de Londres le 21 juin 1943, au paragraphe 3 desquelles il était dit qu'« il sera institué une cour criminelle internationale qui connaîtra des catégories de crimes de guerre énumérées ci-après... d) crimes commis par des chefs d'État », ibid., annexe 9; projet de Convention portant création d'une cour criminelle internationale, Assemblée internationale de Londres, 1943, ibid., annexe 9.B; projet de convention portant création d'un tribunal des Nations Unies pour les crimes de guerre et note explicative, et instituant, à l'article premier, une Commission des Nations Unies pour les crimes de guerre, « qui jugera et punira les personnes accusées d'avoir commis une infraction aux lois et coutumes de la guerre et qui aura compétence pour juger et punir quiconque, quel que soit son rang ou sa position... », ibid., annexe 10.

¹⁶⁵ Projet de création d'une juridiction criminelle internationale, mémoire présenté à la Commission pour le développement progressif du droit international et sa codification par le

commencé à faire place à des arrangements qui ont contribué à déterminer la nature et l'architecture du système international contemporain de justice pénale. Si tel État considérait que le fait de renoncer à sa compétence pénale interne et d'être contraint de livrer ses nationaux à une juridiction étrangère allait à l'encontre du principe classique de souveraineté, un tribunal international régulièrement créé serait sans doute une solution appropriée à laquelle la communauté internationale pourrait recourir pour dissiper l'impression erronée que certains crimes commis par des gouvernements ou par des individus représentant des gouvernements ne seraient guère justiciables des tribunaux internes. En créant un tel tribunal, les États auront exercé leur volonté souveraine de concert avec les autres États pour défendre la suprématie du droit international¹⁶⁶. Dans sa décision relative à l'immunité de juridiction de Charles Taylor, la Chambre d'appel du Tribunal spécial pour la Sierra Leone a relevé que le principe de l'immunité des États procédait de l'égalité entre États souverains – en vertu de laquelle tel État ne saurait juger la conduite de tel autre État – et qu'il ne s'appliquait donc pas aux tribunaux pénaux internationaux, qui ne sont pas des organes étatiques mais tiennent leur mandat de la communauté internationale¹⁶⁷.

73. L'adoption du Statut de Rome de la Cour pénale internationale est une conséquence de cette remise en cause de l'orthodoxie qui a été amorcée au début du XX^e siècle. L'internationalisation de la compétence pénale a permis à la communauté internationale de surmonter l'obstacle de la souveraineté. Cependant, elle a permis aux États de continuer à prendre des mesures sur le plan interne pour s'acquitter de leurs obligations internationales¹⁶⁸. Ces innovations ne supplantent

délégué de la France, *ibid.*, annexe 11; projet de convention sur le crime de génocide préparé par le Secrétaire général (E/447) accompagné de deux annexes concernant l'institution d'une cour pénale internationale pour la répression des actes de génocide, mettant à la charge de l'État l'obligation de saisir la Cour pénale internationale en cas d'actes de génocide commis par des individus agissant comme organes de l'État ou avec l'encouragement ou la tolérance de l'État. La Cour aurait ainsi jugé des gouvernants d'un État ou des gens qui auraient agi d'entente avec ces gouvernants; projet de convention sur le génocide présenté à la Sixième Commission par la délégation de la France, *ibid.*, annexe 15. Le Tribunal de Nuremberg a conclu que Karl Dönitz, en sa qualité de chef de l'État allemand du 1^{er} au 9 mai 1945, avait participé activement à la conduite d'une guerre d'agression, notamment parce qu'en cette qualité, il avait ordonné à la Wehrmacht de continuer la guerre à l'Est, et il a été déclaré coupable des crimes visés dans les deuxième et troisième chefs de l'acte d'accusation et condamné à 10 ans de prison, voir *Analyse historique des faits relatifs à l'agression...* op. cit., p. 73 à 77 (étude réalisée par le Secrétariat).

¹⁶⁶ Voir généralement le Rapport sur le problème de la juridiction criminelle internationale par Ricardo J. Alfaro, Rapporteur spécial, , op. cit., note 37.

¹⁶⁷ Chambre d'appel, *The Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor* (affaire n° SCSL-2003-01-I), *Decision on Immunity from Jurisdiction*, 31 mai 2004.

¹⁶⁸ Dans sa résolution 3074 (XXVIII) du 3 décembre 1973, relative aux principes de la coopération internationale en ce qui concerne le dépistage, l'arrestation, l'extradition et le châtimement des individus coupables de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité, l'Assemblée générale, considérant la nécessité particulière de prendre, sur le plan international, des mesures en vue d'assurer la poursuite et le châtimement des individus coupables de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité, a proclamé les principes suivants de la coopération internationale concernant le dépistage, l'arrestation, l'extradition et le châtimement des individus coupables de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité :

« 1. Les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité, où qu'ils aient été commis et quel que soit le moment où ils ont été commis, doivent faire l'objet d'une enquête, et les individus contre lesquels il existe des preuves établissant qu'ils ont commis de tels crimes doivent être recherchés, arrêtés, traduits en justice et, s'ils sont reconnus coupables,

pas la juridiction pénale nationale, elles la complètent. Il a été dit en effet que la Cour instituée par le Statut de Rome est complémentaire des juridictions nationales¹⁶⁹.

2. Examen des Principes de Nuremberg par la Commission

74. Parallèlement à la création d'une juridiction pénale internationale, on s'est efforcé de régler la question qui était en partie à l'origine de l'évolution vers la mise en jeu de la responsabilité pénale individuelle, c'est-à-dire celle de savoir si le souverain, le chef de l'État ou le dirigeant civil en temps de guerre échapperaient à cette responsabilité du fait de leur qualité officielle, apportant ainsi une réponse sur le fond à toutes interrogations qui subsisteraient quant à l'immunité d'un individu traduit devant une juridiction internationale.

75. En dégagant les principes de Nuremberg, la Commission s'est interrogée sur la portée du mandat de « formuler les principes de droit international reconnus par le Statut de la Cour de Nuremberg et dans l'arrêt de cette Cour », qu'elle tenait de la résolution 177 (II) de l'Assemblée générale. Il s'agissait de savoir si elle devait ou non déterminer dans quelle mesure les principes contenus dans le Statut et le jugement avaient valeur de principes de droit international. La Commission a conclu

châtiés.

2. Tout État a le droit de juger ses propres ressortissants pour crimes de guerre ou pour crimes contre l'humanité.

3. Les États coopèrent sur une base bilatérale et multilatérale en vue de faire cesser et de prévenir les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité et prennent à cette fin les mesures nationales et internationales indispensables.

4. Les États se prêtent mutuellement leur concours en vue du dépistage, de l'arrestation et de la mise en jugement des individus soupçonnés d'avoir commis de tels crimes, ainsi que de leur châtimement s'ils sont reconnus coupables.

5. Les individus contre lesquels il existe des preuves établissant qu'ils ont commis des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité doivent être traduits en justice et, s'ils sont reconnus coupables, châtiés, en règle générale, dans les pays où ils ont commis ces crimes. À cet égard, les États coopèrent pour tout ce qui touche à l'extradition de ces individus.

6. Les États coopèrent mutuellement en ce qui concerne la collecte de renseignements, ainsi que de documents se rapportant aux enquêtes, de nature à faciliter la mise en jugement des individus visés au paragraphe 5 ci-dessus, et se communiquent de tels renseignements.

7. Conformément à l'article premier de la Déclaration sur l'asile territorial, en date du 14 décembre 1967, les États n'accordent pas l'asile à des individus dont on a de sérieuses raisons de penser qu'ils ont commis un crime contre la paix, un crime de guerre ou un crime contre l'humanité.

8. Les États ne prennent aucune mesure législative ou autre qui pourrait porter atteinte aux obligations internationales qu'ils ont assumées en ce qui concerne le dépistage, l'arrestation, l'extradition et le châtimement des individus coupables de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité.

9. Lorsqu'ils coopèrent en vue du dépistage, de l'arrestation et de l'extradition d'individus contre lesquels il existe des preuves établissant qu'ils ont commis des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité, ainsi qu'en vue du châtimement de ces individus s'ils sont reconnus coupables, les États agissent en conformité avec les dispositions de la Charte des Nations Unies et de la Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies. »

¹⁶⁹ Préambule et article premier du Statut de Rome de la Cour pénale internationale.

que l'Assemblée générale avait confirmé les principes de Nuremberg par sa résolution 95 (I). En conséquence, sa tâche ne consistait pas à donner son avis sur la question de savoir si ces principes étaient ou non des principes de droit international, mais simplement à les formuler, en privilégiant les éléments de fond – en particulier ceux consacrés dans les articles 6, 7 et 8 – par rapport aux aspects procéduraux¹⁷⁰. Le principe III adopté s'inspirait de l'article 7 du Statut du Tribunal de Nuremberg¹⁷¹. Aux termes du Statut et du jugement, le fait qu'un individu a agi

¹⁷⁰ *Annuaire ... 1949*, vol. I, compte rendu analytique de la 17^e séance (9 mai 1949), par. 35. Toutefois, M. Scelle (ibid., compte rendu analytique de la 28^e séance, 26 mai 1949) a dit préférer voir formuler des principes généraux du droit international sur lesquels reposaient le Statut et le jugement. Selon lui, le Tribunal de Nuremberg et le jugement confirmaient tout d'abord que l'individu était sujet du droit international, notamment du droit international pénal et qu'il pouvait être puni pour toute violation; et ensuite qu'on récusait l'ancienne théorie suivant laquelle tout acte accompli au nom de l'État dispensait les gouvernants ou fonctionnaires d'en répondre individuellement. La qualité de chef d'État, de gouvernant ou de fonctionnaire ne conférait aucune immunité en matière pénale et n'atténuait pas la responsabilité. M. Scelle a proposé le projet suivant, que la Commission a rejeté essentiellement au nom d'une interprétation restrictive du mandat issu de l'Assemblée générale :

- « 1. L'individu est sujet du droit international, notamment du droit international pénal.
2. La qualité de chef d'État, de gouvernant ou de fonctionnaire ne confère aucune immunité en matière pénale et n'atténue pas la responsabilité.
3. Cette responsabilité criminelle subjective des chefs d'État, gouvernants et agents, est distincte de la responsabilité objective de l'État qui peut être mise en jeu subsidiairement.
4. Le droit international, et notamment le droit pénal international, a la primauté sur le droit national : il s'ensuit que les gouvernants et agents étatiques sont directement responsables de leurs crimes et délits internationaux, que ceux-ci soient ou non prévus par leur législation pénale interne. En conséquence, toute personne qui commet un crime de droit international, soit par action, soit par omission, est responsable de ce chef et passible de châtiment.
5. L'ordre hiérarchique ne constitue pas une excuse absolutive mais seulement lorsque la justice l'exige, une circonstance atténuante.
6. Une juridiction internationale paraît particulièrement désignée pour juger les crimes et délits internationaux, notamment lorsqu'ils sont commis par des chefs d'État, gouvernants ou hauts fonctionnaires.
7. Dans l'état actuel du droit international, une telle juridiction n'est pas nécessairement liée par le principe de la non-rétroactivité de délits et des peines, lequel suppose l'élaboration et la rédaction d'un code pénal international.
8. Conformément au Statut et au Jugement de Nuremberg, constituent d'ores et déjà des crimes internationaux :
Les crimes contre la paix;
Les crimes de guerre;
Les crimes contre l'humanité.
9. Les crimes contre la paix sont... »

¹⁷¹ Voir également le paragraphe 4 a) de l'article II de la loi n° 10 du Conseil de contrôle allié, qui a été promulguée pour donner effet à la Déclaration de Moscou du 30 octobre 1943, à l'Accord de Londres du 8 août 1945 et au Statut publié en application de cet accord, et établir sur tout le territoire allemand une base juridique uniforme pour les auteurs de crimes de guerre et autres crimes de même nature, à l'exception des grands criminels traduits devant le Tribunal militaire international :

« Les fonctions officielles qu'occupe une personne, que ce soit comme chef de l'État ou comme responsable d'un organisme public, ne l'exonèrent pas de la responsabilité d'un crime ni ne l'autorisent à faire valoir les circonstances atténuantes. »

L'article 6 du Statut du Tribunal militaire international pour l'Extrême-Orient était libellé différemment, mais reposait sur le même principe :

« Ni la situation officielle d'un accusé, à quelque moment que ce soit, ni le fait que l'accusé

en sa qualité de chef d'État ou de haut fonctionnaire ne le dégage pas de sa responsabilité internationale : « Celui qui a violé les lois de la guerre ne peut, pour se justifier, alléguer le mandat qu'il a reçu de l'État, du moment que l'État, en donnant ce mandat, a outrepassé les pouvoirs que lui reconnaît le droit international »¹⁷².

76. Dans le texte du Principe III, la Commission n'a pas retenu le dernier membre de phrase de l'article 7 du Statut, ayant trait à la « diminution de la peine », estimant qu'il appartenait au tribunal compétent de se prononcer sur la question¹⁷³.

3. Examen du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité par la Commission

77. Après avoir procédé à un premier examen de la question entre 1949 et 1954¹⁷⁴, en 1982, la Commission a repris ses travaux sur le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité à la demande de l'Assemblée générale¹⁷⁵. À sa quarante-troisième session (1991), la Commission a adopté en première lecture un projet de code comportant un article¹⁷⁶ libellé comme suit :

« Article 13. Qualité officielle et responsabilité »

La qualité officielle de l'auteur d'un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité, et notamment le fait qu'il a agi en qualité de chef d'État ou de gouvernement, ne l'exonère pas de sa responsabilité pénale. »

Le projet d'article était calqué sur le Principe III des Principes de Nuremberg. Toutefois, il était rédigé au présent puisqu'il s'appliquait à de nombreuses situations qui risquaient de se présenter dans l'avenir. En affirmant a) que « la qualité de

ait agi conformément aux instructions de son gouvernement ou d'un supérieur hiérarchique, en soi, ne le dégagera de sa responsabilité à raison des crimes dont il doit répondre, mais pourra être considéré comme un motif de diminution de peine, si le Tribunal estime que l'intérêt de la justice le commande. »

La formulation a été transposée dans d'autres instruments; voir, par exemple, le paragraphe 2 de l'article 7 du Statut du Tribunal international chargé de poursuivre les personnes présumées responsables de violations graves du droit international humanitaire commises sur le territoire de l'ex-Yougoslavie depuis 1991 (document S/25274, adopté le 25 mai 1993 en application de la résolution 827 (1993) du Conseil de sécurité, et modifié par des résolutions ultérieures) :

« 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. »

Le Statut du Tribunal international chargé de juger les personnes accusées d'actes de génocide ou d'autres violations graves du droit international humanitaire commis sur le territoire du Rwanda et les citoyens rwandais accusés de tels actes ou violations commis sur le territoire d'États voisins entre le 1^{er} janvier et le 31 décembre 1994 contient une disposition identique (art. 6, par. 2).

¹⁷² *Annuaire ... 1950*, vol. II, document A/136, par. 103.

¹⁷³ *Ibid.*, par 104.

¹⁷⁴ Le texte qui a été adopté en 1954 contenait la disposition suivante :

« Article 3 »

Le fait que l'auteur a agi en qualité de chef d'État ou de gouvernant ne l'exonère pas de la responsabilité encourue pour avoir commis l'un des crimes définis dans le présent code ».

Annuaire ... 1954, vol. II. Pour les commentaires, voir *ibid.*, 1951, vol. II, par. 59 et suiv.

¹⁷⁵ Résolution 36/106 de l'Assemblée générale en date du 10 décembre 1981.

¹⁷⁶ Douzième rapport, établi par Doudou Thiam, Rapporteur spécial, document A/CN.4/460 et Corr.1, *Annuaire ... 1994*, vol. II 1).

l'accusé ne lui conférerait pas d'immunité à l'égard de l'application du code » et b) que « si l'accusé allègue qu'il a agi dans l'exercice de ses fonctions officielles, il ne sera pas exonéré pour autant de sa responsabilité pénale, le code per[çait] le voile de l'État et [permettait de] poursuivre ceux qui sont les véritables responsables des crimes commis au nom de l'État en tant qu'entité abstraite »¹⁷⁷. On a remplacé le membre de phrase initial « le fait qu'il est chef d'État ou de gouvernement » par les mots « le fait qu'il a agi en qualité de chef d'État ou de gouvernement » afin de souligner que le code insiste sur le moment auquel un crime a été commis¹⁷⁸.

78. Le projet d'article adopté en première lecture n'a pas suscité d'objections de la part des gouvernements. Toutefois, le Costa Rica¹⁷⁹ a souligné qu'il fallait prévoir les différents cas où les dirigeants visés peuvent être poursuivis, au lieu de vouloir poser un principe qui, comme tel, pourrait se révéler inapplicable. Dans le même ordre d'idées, le Royaume-Uni a fait valoir la nécessité de se pencher sur la question de l'immunité dont ces responsables pourraient jouir à l'égard des procédures judiciaires¹⁸⁰. Par ailleurs, les pays nordiques ont fait observer qu'il fallait considérer que même les chefs d'État ne peuvent être exonérés de leur responsabilité pénale du fait de leurs actes, lorsque ceux-ci constituent un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité, même si la constitution d'un État particulier en dispose autrement¹⁸¹. Pour la Pologne, le projet d'article impliquait « une limitation sérieuse mais logique et raisonnable de la pleine immunité des chefs d'État. Cette immunité ne doit pas pouvoir être invoquée pour permettre aux intéressés de se soustraire à la responsabilité pénale qu'ils encourent s'ils commettent des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité »¹⁸².

79. Le Rapporteur spécial était favorable au maintien du projet d'article tel qu'il avait été formulé en première lecture; selon lui, il était difficile de prévoir, dans les détails, les différents cas où les chefs d'État ou de gouvernement devaient être poursuivis. L'important était de souligner le principe qui voulait que chaque fois qu'un chef d'État ou un chef de gouvernement commet un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité, il soit poursuivi. Ainsi, l'article était destiné à appeler l'attention sur le fait que la qualité officielle de l'individu qui commettait un crime au regard du code ne l'exonérât pas de sa responsabilité pénale. Même dans les cas où l'individu occupait la position officielle la plus élevée, telle que celle de chef d'État ou de gouvernement, il demeurerait pénalement responsable¹⁸³.

80. Le Comité de rédaction a souscrit à cette thèse, faisant observer qu'il s'agissait là d'une question de mise en œuvre qui n'avait pas sa place dans la partie du Code

¹⁷⁷ Déclaration du Président du Comité de rédaction, Christian Tomuschat, 2084^e séance (A/CN.4/SR.2084), *Annuaire ... 1988*, vol. I, par. 72.

¹⁷⁸ Ibid., par. 71 et 72.

¹⁷⁹ Document A/CN.4/448, *Annuaire ... 1993*, vol. II (première partie), Costa Rica, par. 39.

¹⁸⁰ Ibid., Royaume-Uni, par. 17 : « À l'évidence, il importe, pour l'application efficace du Code, que les responsables, y compris les chefs d'État ou de gouvernement, ne soient pas déchargés de toute responsabilité pénale en raison de leur qualité officielle. Cependant, la Commission n'a pas traité ici et à l'article 9 de l'immunité dont ces responsables pourraient jouir à l'égard des procédures judiciaires. Elle devrait examiner la question de l'immunité juridictionnelle à laquelle les responsables pourraient avoir droit, au regard du droit international, et celle de la relation entre le projet de code et les règles en vigueur en la matière. »

¹⁸¹ Ibid., pays nordiques, par. 23.

¹⁸² Ibid., Pologne, par. 37.

¹⁸³ *Annuaire ... 1994*, document A/CN.4/460, vol. II(1), par. 133 et 134.

consacré aux principes généraux. Les questions de procédure ne devaient pas porter atteinte au principe qui voulait que, si un chef d'État ou de gouvernement commettait un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité, il soit poursuivi¹⁸⁴.

81. Par la suite, le Comité de rédaction a apporté deux modifications. La première consistait à remplacer les mots « et notamment le fait qu'il a agi » par les mots « même s'il a agi » afin de souligner que même si, dans d'autres circonstances, un individu était habilité à bénéficier de l'immunité en raison du rang élevé qu'il occupait au sein du gouvernement, il ne serait pas pour autant exonéré de sa responsabilité pénale au regard du Code. La seconde concernait l'adjonction, à la fin de l'article, des mots « et n'est pas un motif de diminution de la peine » et avait pour objet de clarifier l'article pour éviter tout malentendu¹⁸⁵. Le projet d'article 13 a été déplacé et renuméroté article 7, libellé comme suit :

« Article 7. Qualité officielle et responsabilité

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

82. La Commission a affirmé que l'absence de toute immunité procédurale permettant de se soustraire aux poursuites ou au châtement dans le cadre d'une procédure judiciaire appropriée constituait un corollaire essentiel de l'absence de toute immunité substantielle ou de tout fait justificatif¹⁸⁶. Il serait paradoxal que l'intéressé ne puisse pas invoquer sa qualité officielle pour s'exonérer de sa responsabilité pénale mais puisse l'invoquer pour se soustraire aux conséquences de cette responsabilité¹⁸⁷.

83. Toutefois, les arguments avancés par certains gouvernements n'ayant pas été examinés en deuxième lecture, il semble que la disposition considérée n'ait pas réglé quant au fond, la question de la levée de l'immunité procédurale à l'égard des juridictions nationales¹⁸⁸.

4. Statut de Rome de la Cour pénale internationale

84. Le Statut de Rome de la Cour pénale internationale règle en partie au paragraphe 2 de son article 27 le problème de l'immunité procédurale à l'égard des juridictions nationales en ces termes :

¹⁸⁴ Compte rendu analytique de la 2408^e séance (A/CN.4/SR.2408), *Annuaire ... 1995*, vol. I, par. 36.

¹⁸⁵ Compte rendu analytique de la 2439^e séance (A/CN.4/SR.2439), *Annuaire ... 1996*, vol. I, par. 16.

¹⁸⁶ La Commission a noté que les poursuites engagées devant une cour criminelle internationale seraient l'exemple type d'une procédure judiciaire appropriée où l'individu ne pourrait invoquer aucune immunité substantielle ou procédurale en arguant de sa qualité officielle pour se soustraire aux poursuites et au châtement, *Annuaire ... 1996*, vol. II (deuxième partie), note 69.

¹⁸⁷ Ibid., par. 6 du commentaire relatif au projet d'article 7.

¹⁸⁸ Dans sa résolution 51/160 du 16 décembre 1996, l'Assemblée générale s'est félicitée de l'adoption définitive des articles du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité et a appelé l'attention des États qui participaient au Comité préparatoire pour la création d'une cour criminelle internationale sur l'intérêt que présentait le projet de code pour leurs travaux.

« 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. »¹⁸⁹

85. Le Comité ad hoc pour la création d'une cour criminelle internationale¹⁹⁰ avait reconnu que le Statut pourrait consacrer des principes généraux de droit pénal dès 1995, lorsqu'il a élaboré des directives au sujet des points à examiner, y compris le défaut de pertinence de la qualité officielle. En particulier, on a estimé qu'il serait utile d'examiner plus avant la question de l'immunité diplomatique ou autre contre toute arrestation et d'autres décisions de procédure prises par la Cour ou au nom de celle-ci¹⁹¹ et, par la suite le Comité préparatoire pour la création d'une cour criminelle internationale a dégagé un certain nombre de propositions en vue de régler cette question et établi une version finale à partir d'une combinaison de ces propositions¹⁹². Quasiment au même moment, on a aussi appelé l'attention sur une

¹⁸⁹ Aux termes du paragraphe 1 de l'article 27 :

« 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. »

Voir également l'article 15 du Règlement n° 2000/15 de l'ATNUTO, en date du 16 juin 2000, portant création de chambres spéciales ayant compétence exclusive pour les crimes graves.

« 15.1 Le présent règlement 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 règlement, pas plus qu'elle ne constitue en tant que telle un motif de réduction de la peine. 15.2 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 les chambres d'exercer leur compétence à l'égard de cette personne. »

¹⁹⁰ *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquantième session, Supplément n° 22* (A/50/22), annexe II. B.1. Voir également le projet de statut d'une cour criminelle internationale (projet de Syracuse), établi par un comité d'experts constitué par l'Association internationale de droit pénal, l'Institut supérieur international des sciences criminelles et l'Institut Max Planck de droit pénal international comparé (Syracuse/Fribourg/Chicago, 31 juillet 1995).

¹⁹¹ *Ibid.*, cinquante et unième session, *Supplément n° 22* (A/51/22), vol. I, par. 193.

¹⁹² Résumé des travaux du Comité préparatoire (A/AC.249/1), 7 mai 1996, p. 78. L'Autriche a présenté une proposition libellée comme suit :

« Immunité

Au cours des enquêtes ou procédures exécutées par la Cour ou à sa demande, nul ne peut invoquer l'immunité de juridiction indépendamment ou sur la base du droit international ou national. »

À l'issue de débats ultérieurs au sein du Comité, les propositions ci-après ont été présentées :

« Proposition 1

[1. Le présent Statut s'applique à tous sans discrimination d'aucune sorte.] La qualité officielle de celui qui commet un crime au regard du présent Statut, en particulier la qualité de chef d'État ou de gouvernement ou de haut fonctionnaire responsable, n'exonère pas l'intéressé de sa responsabilité pénale et n'est pas un motif d'atténuation de la peine.

2. Immunité

Au cours des enquêtes ou procédures exécutées par la Cour ou à sa demande, nul ne peut invoquer l'immunité de juridiction indépendamment ou sur la base du droit international ou national.

Proposition 2

question qui n'a été réglée que lors de la Conférence de Rome avec l'article 98¹⁹³, à savoir la nécessité d'examiner la relation entre l'obligation faite aux États parties au Statut de coopérer avec la Cour et leurs autres obligations, comme celles découlant de traités d'extradition bilatéraux et de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques¹⁹⁴. En particulier, on a reconnu qu'il faudrait examiner plus avant le paragraphe 2 dans ses rapports avec la procédure ainsi qu'avec la coopération judiciaire internationale¹⁹⁵. L'article 98 du Statut de Rome ne confère pas

1. La qualité officielle d'un accusé, soit comme chef d'État ou de gouvernement, soit comme membre d'un gouvernement ou d'un parlement, soit comme élu, soit comme agent de l'État, ne l'exonère en aucun cas de sa responsabilité pénale en vertu du présent Statut, pas plus qu'elle n'est un motif de diminution de la peine.

2. Les règles procédurales spéciales, les immunités et les protections attachées à la qualité officielle d'un accusé et édictées par le droit interne ou par les conventions et traités internationaux, ne peuvent être opposées à la Cour. »

A/AC.249/CRP.13 et A/AC.249/CRP.9; voir également Rapport du Comité préparatoire, vol. II, *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante et unième session, Supplément n° 22 A* (A/51/22, vol. II). Selon M. Per Saland, qui a coordonné les travaux sur la section consacrée aux principes généraux du Statut de Rome, ce principe n'a jamais été contesté au cours des débats et il était relativement facile de s'entendre sur sa formulation. Le Mexique avait quelques objections à l'égard du libellé du paragraphe 2 de l'article 27, mais les a retirées. Pour l'Espagne également, certains points faisaient problème. Voir Per Saland, « International Criminal Law Principles », in Roy S. Lee (dir. publ.), *The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute, Issues, Negotiations, Results* (La Haye, Londres, Boston, Kluwer Law International, 1999), p. 202.

¹⁹³ Art. 98 du Statut de la Cour pénale internationale :

« *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. »

¹⁹⁴ Proposition présentée par Singapour (A/AC.249/WP.40). Voir également Kimberly Prost et Angelika Schlunck, « Article 98 », in *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observer's Notes, Article by Article*, Otto Triffterer (dir. publ.) (Baden-Baden, Allemagne Nomos, 1999), p. 1131 à 1133.

¹⁹⁵ Voir A/AC.249/1997/L.5, art. B.e, note 14.

« 1. Le présent Statut s'applique à tous sans discrimination d'aucune sorte : la qualité officielle d'une personne, soit comme chef d'État ou de gouvernement, soit comme membre d'un gouvernement ou d'un parlement, soit comme élu, soit comme agent de l'État, ne l'exonère en aucun cas de sa responsabilité pénale en vertu du présent Statut, pas plus qu'elle n'est [en soi] un motif de diminution de la peine.

2. Les éventuelles immunités ou règles de procédure spéciales attachées à la qualité officielle d'une personne, que ce soit en vertu du droit interne ou du droit international, ne peuvent être invoquées pour empêcher la Cour d'exercer sa compétence à l'égard de cette personne. »

Voir également art. 18 [B.e], *Rapport de la réunion intersessions tenue du 19 au 30 janvier 1998 à Zutphen (Pays-Bas)* (A/AC.249/1998/L.13). À cette époque, le paragraphe 2 ne devait plus être examiné que dans ses rapports avec la coopération judiciaire. Pour le commentaire relatif à l'article 27 du Statut de Rome, voir Otto Triffterer, « Article 27, Irrelevance of official

d'immunité aux personnes à l'encontre desquelles la Cour voudrait exercer des poursuites¹⁹⁶. Il fait à la Cour obligation de ne pas contraindre un État à violer une obligation internationale relative à l'immunité¹⁹⁷. Le paragraphe 1 de l'article 27 du Statut semble réaffirmer le droit coutumier en la matière¹⁹⁸ alors que le paragraphe 2 établit une règle conventionnelle.

86. Les textes d'application internes des dispositions du Statut de Rome sur les questions relatives à l'immunité revêtent des formes diverses et, partant ne permettent sans doute pas de dégager telle ou telle tendance nouvelle¹⁹⁹. La première série de textes met l'accent sur les consultations entre l'organisme d'exécution et la Cour pénale internationale²⁰⁰. La deuxième exclut le jeu des

position », in *Commentary on the Rome Statute ...*, op.cit., note 194, p. 501 à 514, in Otto Triffterer (dir. publ.). Voir également Paola Gaeta, « Official Capacity and Immunities » in *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, vol. I, Paola Gaeta et consorts (dir. publ.) (New York et Oxford. Oxford University Press, 2002), p. 975 à 1001.

¹⁹⁶ Prost et Schlunck, op. cit. note 196, p. 1132.

¹⁹⁷ Ibid., p. 1131.

¹⁹⁸ Gaeta, op. cit. (2002) note 195, p. 1132.

¹⁹⁹ Voir la base de données de la CPI sur les législations nationales à l'adresse <http://www.icc-cpi.int/legaltools/>.

²⁰⁰ Voir, par exemple, l'article 12 de la loi australienne n° 41 de 2002 sur la Cour pénale internationale :

« [...] »

2) Si, à l'issue des consultations, il a acquis la conviction que l'exécution de la demande ne serait pas incompatible avec l'une quelconque de ces obligations, l'Attorney general doit le certifier dans une attestation signée par lui.

3) Une attestation signée conformément aux dispositions du paragraphe 2 a force probante pour les observations qui y sont formulées.

4) Si, à l'issue des consultations, il n'a pas acquis la conviction visée au paragraphe 2, l'Attorney general doit surseoir à la demande tant que l'État étranger n'a pas accordé la dérogation ou le consentement nécessaire. »

En vertu de l'article 5 de la loi régissant la coopération entre la Cour pénale internationale et la Géorgie, l'organisme responsable est habilité à tenir des consultations avec la Cour sur des questions ayant trait à la demande, conformément aux dispositions du Statut, et ces consultations sont obligatoires dès lors que l'exécution de la demande :

« d) Violent l'immunité nationale ou diplomatique ».

Et aux termes de l'article 13 :

« Si la demande de la Cour a trait à l'exercice de poursuites pénales à l'encontre de personnes jouissant d'une immunité en vertu de la législation géorgienne, l'Organisme responsable avise l'administration compétente de l'existence de motifs justifiant le déclenchement d'une action pénale visant lesdites personnes et facilite les mesures relatives à l'immunité conformément aux dispositions de la Constitution et d'autres textes législatifs géorgiens. »

Aux termes de l'article 4 de la loi fédérale suisse du 22 juin 2001 sur la coopération avec la Cour pénale internationale, le service central consulte la Cour conformément à l'article 97 du Statut, en particulier dans les cas où l'exécution de la demande : [...] d) violerait l'immunité des États ou l'immunité diplomatique (art. 98 en relation avec l'article 27 du Statut). Par ailleurs, selon l'article 6, à la demande du Département fédéral de justice et police (département), le Conseil fédéral statue sur les questions d'immunité, au sens de l'article 98 en relation avec l'article 27 du Statut, qui surgissent lors de l'exécution d'une demande et que, dans les cas visés par cet article, le département peut ordonner une arrestation ou d'autres mesures provisoires. En vertu de la loi sur la coopération avec la Cour pénale internationale et d'autres tribunaux internationaux liechtensteinoise du 20 octobre 2004, les questions qui surgissent sont réglées par des consultations avec la Cour pénale internationale, en particulier lorsque l'exécution d'une demande de la Cour :

immunités de poursuites à raison des crimes visés à l'article 5 du Statut de Rome²⁰¹. La troisième interdit les poursuites à l'encontre des personnes jouissant d'immunités

-
- « c) Violerait l'immunité des États ou l'immunité diplomatique d'une personne ou de biens d'un État tiers (art. 98 (1) du Statut de Rome);
 - 2. Lors des consultations, il y a lieu d'envisager la possibilité d'exécuter la demande par d'autres moyens ou dans des conditions déterminées.
 - 3. Si une question ne peut pas être réglée par des consultations, la Cour pénale internationale est invitée à modifier sa demande. Si une telle modification à l'initiative de la Cour ne peut pas être envisagée, la demande est refusée.
 - 4. La décision d'opposer un tel refus appartient au Gouvernement. La Cour pénale internationale est informée du refus opposé à une demande et des motifs (art. 10). »
- Aux termes de l'article 23 de la loi britannique de 2001 relative à la Cour pénale internationale :
- « 1. Une immunité étatique ou diplomatique quelconque qui s'attache à une personne en raison d'un lien avec un État partie au Statut de la Cour pénale internationale n'exclut pas la possibilité d'une action judiciaire à l'égard de cette personne, conformément aux dispositions du présent Titre.
 - 2. Dans les cas où :
 - a) Une immunité étatique ou diplomatique s'attache à une personne en raison d'un lien avec un État qui n'est pas partie au Statut de la Cour pénale internationale, et où
 - b) La Cour obtient la levée de cette immunité suite à une demande de remise de la personne en question,
- on considère que la levée de l'immunité vaut pour les procédures faisant l'objet du présent Titre.
- 3. L'attestation du Ministre selon laquelle
 - a) Un État est ou n'est pas partie au Statut de la Cour pénale internationale, ou
 - b) Une immunité a été levée comme indiqué au paragraphe 2 constitue une preuve concluante de ce fait aux fins du présent Titre.
 - 4. Dans tout cas particulier, le Ministre peut, après avoir consulté la Cour pénale internationale et l'État intéressé, ordonner que les poursuites (ou poursuites nouvelles) prévues par les dispositions du présent Titre qui, abstraction faite des paragraphes 1 et 2, seraient exclues du fait d'une immunité étatique ou diplomatique qui s'attache à une personne déterminée ne seront pas exercées contre cette personne.
 - [...]
 - 6. Dans le présent article, "immunité étatique ou diplomatique" s'entend de tout privilège ou immunité qui s'attache à une personne en raison de la qualité de cette personne ou d'un tiers en tant que chef d'État, représentant, haut fonctionnaire ou agent d'un État en vertu
 - a) De la loi de 1964 sur les privilèges diplomatiques (c. 81), de la loi de 1968 sur les relations consulaires (c. 18), de la loi de 1968 sur les organisations internationales (c. 48) ou de la loi de 1978 sur l'immunité des États (c. 33),
 - b) De toute autre disposition législative adoptée aux fins de l'exécution d'une obligation internationale, ou
 - c) De toute règle de droit découlant du droit international coutumier. »

²⁰¹ L'article 4 rapproché de l'article 15 de la loi sud-africaine n° 37 de 2001 sur les privilèges et immunités diplomatiques de l'Afrique du Sud, lu avec l'article 15, dispose qu'un chef d'État jouit de l'immunité de juridiction pénale et civile devant les tribunaux de la République et des privilèges accordés aux chefs d'État conformément aux règles du droit international coutumier et érige en infraction le fait, pour toute personne qui agit de propos délibéré ou par négligence, d'entamer, de susciter ou d'exécuter des poursuites quelconques à l'encontre d'une personne jouissant d'une immunité en vertu de la loi. Cependant, l'article 4 de la loi sud-africaine n° 27 de 2002 relative aux modalités d'application de la loi de 2002 sur le Statut de Rome de la Cour pénale internationale, qui, entre autres dispositions, traite du crime de génocide, des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre; du jugement devant les tribunaux internes des personnes accusées de tels crimes commis en Afrique du Sud et à l'étranger, dans certaines circonstances; et de l'arrestation de personnes accusées de tels crimes et de leur remise à ladite Cour dans certaines circonstances, dit ceci :

tant qu'elles demeurent en fonction²⁰² ou interdit ces poursuites sans fixer de limite temporelle sauf dérogation expresse²⁰³.

87. D'autres accords instituant des tribunaux pénaux envisagent les questions d'immunité. La nature hybride de ces instruments a sans doute une incidence sur la manière dont les immunités sont invoquées devant ces tribunaux, encore que, dans l'affaire *Taylor*, la Chambre d'appel a résolu le problème en considérant que le Tribunal ayant une vocation internationale, l'immunité était irrecevable comme moyen de défense. La Cour suprême de la Sierra Leone a également déclaré que, même si un fonctionnaire pouvait prétendre à l'immunité de juridiction devant les tribunaux internes de l'État dont il est ressortissant ou devant les tribunaux d'un État tiers (sauf le cas de dérogation), il n'aurait a priori pas le droit d'invoquer

« 1) Nonobstant toute disposition contraire de toute autre loi de la République, viole la loi et encourt une amende ou une peine d'emprisonnement, y compris la réclusion à vie ou à une peine d'emprisonnement ne pouvant pas être remplacée par une amende, ou à une amende et à une peine d'emprisonnement simultanément quiconque commet un crime.

2) Nonobstant toute autre règle de droit contraire, y compris le droit international coutumier et conventionnel, le fait qu'une personne

a) Est ou a été chef d'État ou de gouvernement, membre d'un gouvernement ou d'un parlement, représentant élu ou fonctionnaire, ou

b) Étant membre d'un service de sécurité ou des forces armées, avait l'obligation légale d'obéir à un ordre manifestement illégal d'un gouvernement ou d'un supérieur, n'est ni i) un fait justificatif, ni ii) un motif éventuel de diminution de la peine une fois qu'une personne a été reconnue coupable d'un crime. »

Aux termes du paragraphe 3 de l'article 6 de la loi croate du 4 novembre 2003 sur l'application du Statut de la Cour pénale internationale et la répression des crimes contre le droit international de la guerre et le droit humanitaire :

« Les dispositions relatives aux immunités et privilèges prévus par la loi ne s'appliquent pas aux poursuites du chef des actes criminels visés à l'article premier de la présente loi. »

²⁰² L'article 16 de la loi néerlandaise n° 270 du 19 juin 2003 sur les crimes internationaux, qui définit des règles applicables aux violations graves du droit international humanitaire, porte ce qui suit :

« Les poursuites pénales pour l'un des crimes visés par la présente loi sont exclues à l'égard :

a) Des chefs d'État étrangers, chefs de gouvernement et ministres des affaires étrangères, pendant la période où ils exercent leurs fonctions, ainsi que des autres personnes dont l'immunité est reconnue par le droit international coutumier;

b) Des personnes qui disposent d'une immunité en vertu de toute convention applicable dans le Royaume des Pays-Bas. »

²⁰³ L'article 578 de la loi polonaise relative à la procédure applicable en matière pénale dans les relations internationales (Titre XIII) dispose ce qui suit :

« La compétence des tribunaux pénaux polonais ne s'étend pas :

1) Aux chefs des missions diplomatiques des États étrangers accrédités en République de Pologne,

2) Aux membres du personnel diplomatique de ces missions,

3) Aux membres du personnel administratif et technique de ces missions,

4) Aux membres de la famille des personnes énumérées aux paragraphes 1 à 3, s'ils font partie de leur ménage, et

5) Aux autres personnes qui se voient accorder l'immunité diplomatique conformément aux lois et accords en vigueur ou aux coutumes internationales universellement reconnues. »

Voir aussi la législation néerlandaise, *ibid.*

l'immunité devant un tribunal international, en particulier à l'égard de poursuites pénales du chef de crimes internationaux²⁰⁴.

III. Deuxième partie. Champ d'application et mise en œuvre de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État

88. Le champ d'application de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État suscite trois questions principales, celles de savoir : a) quels représentants de l'État jouissent de l'immunité de juridiction pénale étrangère; b) quels actes sont couverts par cette immunité; et c) si le droit international admet des exceptions ou des limitations quelconques à cette immunité (notamment, en présence de crimes internationaux). On a répondu différemment à ces questions selon le type d'immunité considéré. Suivant une interprétation semble-t-il largement

²⁰⁴ Dans *Issa Hassan Sesay a.k.a. Issa Sesay, Allieu Kondewa, Moinina Fofana v. President of the Special Court, Registrar of the Special Court, Prosecutor of the Special Court, Attorney-General And Minister of Justice* (S. C NO. 1/2003), la Cour suprême de la Sierra Leone a souligné l'importance de la distinction entre l'immunité de juridiction en droit interne et en droit international (texte disponible en anglais à l'adresse http://news.sl/drwebsite/uploads/specialcourtjudgement_sc1_2003.htm).

Pour le texte des dispositions, voir par exemple l'article 6 du Statut du Tribunal spécial pour la Sierra Leone, créé par un accord conclu entre l'Organisation des Nations Unies et le Gouvernement sierra-léonais en application de la résolution du Conseil de sécurité 1315 (2000) du 14 août 2000, qui dit ceci :

« [...] 2. 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.

[...]

5. La responsabilité pénale individuelle des crimes visés à l'article 5 est établie conformément à la législation pertinente de la Sierra Leone. »

L'article 29 de la loi relative à la création de chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens pour la poursuite des crimes commis durant la période du Kampuchéa démocratique, adoptée par l'Assemblée nationale le 2 janvier 2001 lors de la cinquième session de la deuxième législature, et approuvée sans réserve par le Sénat le 15 janvier 2001 lors de la quatrième session de la première législature, qui vise à traduire en justice les hauts dirigeants du Kampuchéa démocratique et les principaux responsables des crimes et graves violations du droit pénal cambodgien, des règles et coutumes du droit international humanitaire, ainsi que des conventions internationales reconnues par le Cambodge, commis durant la période du 17 avril 1975 au 6 janvier 1979, dispose :

« La position ou le rang d'un suspect ne peut l'exonérer de sa responsabilité pénale ou mitiger sa peine. »

Aux termes de l'alinéa c) de l'article 15 du Statut du Tribunal spécial iraquien, publié le 10 décembre 2003 :

« La qualité officielle d'un accusé, que ce soit comme président, premier ministre, membre du Cabinet, président ou membre du Conseil du commandement révolutionnaire, membre de la Direction régionale du parti Baas arabe socialiste ou de l'administration publique (ou d'un organe de l'un ou l'autre) ou comme haut fonctionnaire du Gouvernement iraquien ou responsable membre du parti Baas, ou la qualité inhérente à toute autre fonction, ne l'exonère pas de sa responsabilité pénale et n'est pas un motif de diminution de la peine. Nul n'a droit à l'immunité pour l'un des crimes visés aux articles 11 à 14 [relatifs au génocide, aux crimes contre l'humanité, aux crimes de guerre et aux violations de la législation iraquienne]. »

admise par les États²⁰⁵, la jurisprudence²⁰⁶ et la doctrine²⁰⁷, les questions relatives aux bénéficiaires, aux actes couverts et aux exceptions éventuelles sont généralement envisagées par référence à deux catégories distinctes d'immunité des représentants de l'État, à savoir l'immunité *ratione personae* et l'immunité *ratione materiae*²⁰⁸. Le plan de la présente partie s'ordonne autour de cette distinction fondamentale²⁰⁹.

²⁰⁵ En l'affaire *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)*, les deux parties ont reconnu la distinction pendant la procédure orale devant la Cour internationale de Justice : CR 2008/3, p. 15 (Condorelli, au nom de Djibouti); CR 2008/5, p. 50 (Pellet, au nom de la France).

²⁰⁶ Retenue pour la première fois dans le contexte de l'immunité diplomatique, la distinction est la matière (voir par exemple Yoram Dinstein, « Diplomatic Immunity from Jurisdiction *Ratione Materiae* », *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 15 (1966), p. 76 à 89). Voir aussi Cour constitutionnelle fédérale allemande, affaire relative à l'ancien Ambassadeur syrien en République démocratique allemande (*Former Syrian Ambassador to the German Democratic Republic*), affaire n° 2 BvR 1516/96, dans *International Law Reports*, vol. 115, p. 606. Sur le recours à cette distinction dans le contexte de l'immunité d'autres représentants de l'État, voir par exemple Cour européenne des droits de l'homme, *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, requête n° 35763/97, arrêt du 21 novembre 2001, par. 65; Tribunal fédéral suisse, *Ferdinand et Imelda Marcos c. Office fédéral de la police (recours de droit administratif)*, ATF 115 Ib 496, p. 501 et 502 (reproduit dans Lucius Caflisch, « La pratique suisse en matière de droit international public 1980 », *Revue suisse de droit international et de droit européen*, 1991, p. 535 et 536); *Pinochet* n° 3, p. 581 (en particulier, Lord Browne-Wilkinson, *ibid.*, p. 592; Lord Goff of Chieveley, p. 598; Lord Hope of Craighead, p. 622; Lord Hutton, p. 629; et Lord Saville of Newdigate, p. 641, Lord Millett, p. 644 et 645). Il convient de noter, toutefois, que dans son arrêt rendu dans l'affaire *Mandat d'arrêt ...*, la Cour internationale de Justice a examiné la question de l'immunité d'un ministre des affaires étrangères en exercice, la comparant à celle d'un ancien ministre sans évoquer cette distinction (sur la critique suscitée par le raisonnement de la Cour sur ce point, voir Antonio Cassese, « Peut-on poursuivre des hauts dirigeants des États pour des crimes internationaux? » À propos de l'affaire *Congo c. Belgique* (CIJ) in *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, vol. 3 (2002), p. 479 à 499).

²⁰⁷ La Commission a fait la distinction au paragraphe 19 du commentaire se rapportant au projet d'article 2 du Projet d'articles sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, *Annuaire...*, 1991, vol. II (2^e partie), p. 18 et 19. Voir aussi, notamment, Cassese, « Peut-on poursuivre ... », *op. cit.*, note 206, p. 862 à 864; Vanessa Klingberg, « (Former) Heads of State before international(ized) criminal courts: the case of Charles Taylor before the Special Court for Sierra Leone », *German Yearbook of International Law*, vol. 46, 2003, p. 544; Andrew D. Mitchell, « Leave Your Hat On? Head of State Immunity and Pinochet », *Monash University Law Review*, vol. 25 (1999), p. 230 et 231; Geoffrey Robertson, *Crimes against Humanity: The Struggle for Global Justice* (Londres, Allen Lane, The Penguin Press, 1999), p. 402. Au cours des travaux de l'Institut de droit international sur les immunités de juridiction et d'exécution du chef d'État et de gouvernement en droit international, la distinction a été expressément faite par Sucharitkul (*Annuaire de l'Institut*, vol. 69 (2000-2001), p. 467), Verhoeven (« Rapport provisoire », *ibid.*, p. 488), Salmon (*ibid.*, p. 563), Fox (*ibid.*, p. 579) et Dinstein (*ibid.*, p. 624); la distinction imprègne cependant la quasi-totalité des débats.

²⁰⁸ La jurisprudence et la doctrine utilisent parfois une terminologie différente, l'immunité *ratione personae* étant également qualifiée immunité « personnelle » ou immunité « absolue », et l'immunité *ratione materiae*, immunité « fonctionnelle » ou « organique ». Néanmoins, les expressions utilisées dans le corps du document semblent être les plus fréquemment usitées et, comme précisé ci-après, elles semblent mieux décrire le critère de distinction entre ces deux formes d'immunité.

²⁰⁹ Étant, semble-t-il celui qui rend le plus fidèlement compte de l'état de la question de l'immunité des représentants de l'État en droit international, le plan proposé convient parfaitement à l'objet de la présente étude. Il permet notamment d'éviter les répétitions dans l'analyse des actes couverts par l'immunité et des exceptions organisées au profit des différentes catégories de

89. Il faut néanmoins préciser, d'emblée, que cette distinction se veut purement analytique et ne préjuge pas de la question de savoir si les immunités considérées diffèrent de par leur intérêt ou leur nature. En ce qui concerne l'intérêt, pour l'essentiel, la jurisprudence et la doctrine contemporaines semblent s'accorder sur le fait que les immunités ne sont pas accordées aux représentants de l'État pour leur avantage personnel, mais pour leur « permettre de s'acquitter librement de [leurs] fonctions pour le compte de l'État qu'il[s] représente[nt] »²¹⁰. Ce principe vaut non seulement pour les immunités *ratione materiae*, mais aussi pour les immunités *ratione personae*²¹¹. Il apparaît toutefois que l'impératif de l'exercice effectif des fonctions de l'État est ressenti différemment selon la nature et l'importance des attributions du représentant concerné, et selon que celui-ci exerce encore ses fonctions ou a cessé de les exercer : ces facteurs pris ensemble semblent expliquer la portée différenciée des deux formes d'immunité. En effet, engager des poursuites devant une juridiction étrangère contre tel représentant de l'État en exercice peut conduire à l'arrestation de celui-ci et avoir donc pour effet d'entamer directement son aptitude à continuer de s'acquitter de ses fonctions, à plus forte raison lorsque l'intéressé est un représentant de haut rang de l'État investi de fonctions (essentiellement diplomatiques ou de représentation) qui de par leur nature sont exercées à l'étranger. En ce qui concerne la nature de l'institution des immunités, l'opinion dominante semble être que les immunités *ratione personae* et *ratione materiae* partagent le même caractère procédural²¹². On a cependant soutenu que si l'immunité *ratione personae* ressortissait au droit procédural, l'immunité *ratione materiae* serait davantage « un moyen de défense au fond »²¹³, en ce sens que la conduite de l'agent de l'État constitutive d'acte officiel ne serait pas imputable à son auteur, mais à l'État²¹⁴. On

représentants de l'État. D'autres solutions peuvent, cependant, être envisagées à l'occasion des travaux de codification (par exemple, délimiter la portée de l'immunité accordée à différentes catégories de représentants de l'État : chefs d'État, chefs de gouvernement, ministres des affaires étrangères, autres hauts responsables, autres représentants de l'État).

²¹⁰ *Mandat d'arrêt* ..., par. 53

²¹¹ En ce sens, on peut dire que l'immunité *ratione personae* est accordée à des fins « fonctionnelles » (nécessités du service), tout comme l'immunité *ratione materiae* (ce qui milite contre l'emploi de l'expression « immunité fonctionnelle » pour désigner cette dernière). Sur la place que les fondements plus classiques de l'immunité *ratione personae* du chef de l'État semble occuper encore en droit international, voir la section A.1 a) *infra*.

²¹² En d'autres termes, l'immunité *ratione personae* et l'immunité *ratione materiae* font l'une et l'autre obstacle à l'exercice de compétence par des tribunaux pénaux étrangers, sans être un moyen de défense au fond, qui exclurait la responsabilité pénale du représentant de l'État en cause. La nature procédurale de la question d'immunité a notamment été reconnue par la Chambre d'appel du Tribunal spécial pour la Sierra Leone dans l'affaire *The Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor*, par. 27 et par les juges Higgins, Kooijmans et Buergenthal dans l'opinion individuelle commune qu'ils ont jointe à l'arrêt rendu dans l'affaire *Mandat d'arrêt* ..., par. 74.

²¹³ Ce point de vue a notamment été soutenu par Gaetano Morelli, *Nozioni di diritto internazionale*, 7^e éd. (Padoue, CEDAM, 1967), p. 215 et 216; Cassese, « Peut-on poursuivre ... », op. cit. note 206, p. 862 et 863.

²¹⁴ On trouve cette dernière proposition dans la doctrine. Voir par exemple Cassese, « Peut-on poursuivre ... », op. cit. note 206, p. 862 (« [l'immunité *ratione materiae*] se justifie par l'idée qu'un agent d'État ne répond pas aux autres États d'actes accomplis dans le cadre de ses fonctions et qui sont donc imputables à l'État. »); Hans Kelsen, *Principles of International Law* (New York, Holt, Rinehart and Winston), 1952, p. 358 et 359 (« Ainsi, le principe s'applique non seulement lorsque l'État proprement dit est poursuivi devant un tribunal d'un autre État, mais aussi lorsque tel individu comparaît en qualité de défendeur ou de mis en cause au civil ou au pénal pour telle conduite revêtant le caractère d'acte de puissance publique. Dans ce cas, la

notera, toutefois, que ce dernier principe a suscité des critiques²¹⁵ ou des

conduite incriminée devra être imputée à l'État, non à l'individu. »); Gaeta, op. cit. (2002), p. 976; et Salvatore Zappalà, « Do Heads of State in Office Enjoy Immunity from Jurisdiction for International Crimes? The Ghaddafi Case Before the French Cour de Cassation », *European Journal of International Law*, vol. 12 (2001), p. 598 (qui estime que ce type d'immunité couvre les actes accomplis dans l'exercice de fonctions officielles, devant être imputés à l'État lui-même). Lord Lloyd of Berwick a exprimé la même opinion dans l'affaire *Pinochet* (n° 1), p. 1328 : « Tout ancien chef d'État continue de jouir de l'immunité à raison des actes de puissance publique qu'il a accomplis en qualité de chef d'État, car dans l'un et l'autre cas, ces actes sont imputés à l'État lui-même ». Cette solution pourrait notamment tirer fondement des précédents suivants. Dans son ouvrage intitulé *Droit des gens*, Emer de Vattel fait observer ceci : « ... si la Nation, ou son [c]onducteur, approuve [et] ratifie le fait du [c]itoyen, elle en fait sa propre affaire : [l]'offensé doit alors regarder la Nation comme le véritable auteur de l'injure, dont peut-être le [c]itoyen n'a été que l'instrument » (livre II, chap. 6, par. 74). Cette doctrine a notamment été invoquée dans l'affaire *McLeod*, où un sujet britannique avait été arrêté aux États-Unis pour meurtre et incendie criminel commis dans le contexte de la destruction du navire *Caroline* par des sujets britanniques aux prises avec la rébellion canadienne de 1873. Le Gouvernement britannique demanda la libération de McLeod au motif que l'attaque constituait un acte de puissance publique accompli par des personnes au service de Sa Majesté obéissant aux ordres de leurs supérieurs hiérarchiques et qu'un tel acte ne pouvait fonder des poursuites aux États-Unis. Le Gouvernement américain a admis le principe, mais la question d'un *nolle prosequi* (non-lieu) fut soumise à la Cour suprême de New York qui a décidé de renvoyer l'accusé devant un tribunal aux fins de poursuite suivant la procédure ordinaire [*The People v. McLeod*, 1 Hill (NY) 377 (1841; l'accusé sera déclaré non coupable par la suite)]. Répondant à une note envoyée par la suite (28 juillet 1842) par laquelle le Gouvernement britannique demandait des assurances que « le principe, jamais remis en cause, selon lequel les individus qui agissent sous le commandement de l'autorité légitime ne sont pas personnellement responsables d'actes accomplis en exécution des ordres de leur gouvernement » serait observé dans l'avenir, le Gouvernement des États-Unis a reconnu ledit principe (pour une description de l'affaire, voir R. Y. Jennings, « The *Caroline* and *McLeod* Cases », *American Journal of International Law*, vol. 32 (1938), p. 82 à 99, spéc. p. 92 à 96). Voir aussi la déclaration de l'Attorney General des États-Unis dans le contexte d'une action civile intentée contre Collot, Gouverneur français de la Guadeloupe, en 1797 (reproduit dans J. B. Moore, *A Digest of International Law*, 1906, vol. II, p. 23 et 24). Dans l'affaire *Blaškić*, la Chambre d'appel du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (présidée par le juge Cassese) a rejeté la possibilité pour le Tribunal d'adresser des injonctions à des responsables officiels des États agissant *in* qualités, faisant observer que « 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 » [*Le Procureur c/ Blaškić*, op. cit. note 147, par. 38 (note de bas de page omise)]. La Chambre d'appel a aussi évoqué l'argument avancé par le Gouvernement français dans l'affaire du *Rainbow Warrior* et l'arrêt de la Cour suprême d'Israël dans l'affaire *Eichmann* (pour un examen plus poussé de l'arrêt *Blaškić* et des deux dernières affaires, voir sect. B de la présente partie).

²¹⁵ Voir l'opinion de Lord Hoffmann dans l'affaire *Jones* :

« Je pense vraiment qu'il est un peu artificiel de dire que les actes des représentants de l'État "ne leur sont pas imputables personnellement" et que cette formule peut prêter à confusion, notamment dans l'hypothèse de retrait conventionnel par traité de tel aspect de l'immunité personnel : ainsi des poursuites pénales en application de la Convention contre la torture. Il serait paradoxal d'affirmer, par exemple, que les actes de torture ordonnés par le général Pinochet lui sont imputables personnellement aux fins de la responsabilité pénale mais ne sont imputables qu'à l'État chilien aux fins de la responsabilité civile. Il serait plus exact de dire que la Convention contre la torture a levé l'immunité de juridiction pénale sans remettre en cause l'immunité de responsabilité civile. Il me paraît donc préférable de dire, à l'instar de Leggatt LJ dans l'affaire *Propend Finance Pty Ltd v.*

interprétations diverses²¹⁶. Quoi qu'il en soit, on observera également que peu importe la thèse défendue par les uns et les autres sur la question de la nature des immunités, la doctrine semble généralement voir dans l'immunité *ratione personae* une catégorie autonome²¹⁷, l'immunité *ratione materiae* étant souvent associée à la théorie de l'immunité de l'État²¹⁸.

Sing (1997), *International Law Reports* vol. 111, p. 669, que l'immunité de l'État confère à ses agents ou représentants «une protection dans toute la mesure où elle protège l'État lui-même». Mais ce n'est là qu'un choix de mots différent, la règle demeurant inchangée quant au fond ».

Royaume-Uni, Chambre des Lords, *Jones (Respondent) v. Ministry of Interior Al-Mamlaka Al-Arabiya AS Saudiya (the Kingdom of Saudi Arabia) (Appellants); Mitchell and others (Respondent) v. Al-Dali and others and Ministry of Interior Al-Mamlaka Al-Arabiya AS Saudiya (the Kingdom of Saudi Arabia) (Appellants); Jones (Appellant) v. Ministry of Interior Al-Mamlaka Al-Arabiya AS Saudiya (the Kingdom of Saudi Arabia) (Respondents) (Conjoined Appeals)*, Appellate Committee, 14 juin 2006, [2006] UKHL 26 (ci-après, l'affaire *Jones*), 14 juin 2006 [2006] UKHL 26, par. 68. Pour une critique récente du formalisme dans l'expression, voir McGregor, op. cit., p. 903 à 919.

²¹⁶ Voir Alain Pellet, au nom de la République française, *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale* (CR 2008/5, p. 51), cité à la section B de la présente partie.

²¹⁷ Selon la Commission, « [h]istoriquement parlant, les immunités des souverains et des ambassadeurs sont apparues avant même les immunités de l'État. Elles sont, dans la pratique des États, régies par d'autres principes du droit international ». Et la Commission de noter toutefois qu'« [o]n a dit que, du point de vue strictement théorique, toutes les immunités de juridiction trouvent leur origine dans la norme fondamentale de la souveraineté de l'État » (commentaire de l'article 2, dans l'*Annuaire* ..., 1991, vol. II (deuxième partie), par. 19, p. 14, note de bas de page 47).

²¹⁸ L'assimilation de l'immunité *ratione materiae* accordée aux représentants de l'État à l'immunité de l'État semble être généralement consacrée en matière civile. Pour les développements consacrés à la question par la CDI, voir ses travaux sur la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens (2004). Comme indiqué au commentaire de l'article 2 : « Les actions engagées contre ces représentants ou agents d'un gouvernement étranger en raison de leurs actes officiels sont en fin de compte des actions contre l'État qu'ils représentent. L'État étranger, agissant par l'intermédiaire de ses représentants, jouit d'immunités *ratione materiae* ... l'immunité en question non seulement appartient à l'État, mais est également fondée sur le caractère souverain et officiel des activités, dans la mesure où il s'agit d'une immunité *ratione materiae* » (commentaire de l'article 2, *ibid.*, p. 18). En jurisprudence, voir par exemple Royaume-Uni, *Jones*, par. 10 (Lord Bingham of Cornhill, avec renvoi à d'autres affaires jugées par différentes juridictions), par. 30 (Lord Bingham of Cornhill) et 66 (Lord Hoffmann). Aux États-Unis, certains tribunaux ont qualifié les individus de « démembrements » de l'État étranger aux termes de la loi de 1976 (loi sur les immunités des souverains étrangers (FSIA), op. cit. note 121 : *Kline v. Kaneko*, 685 F.Supp. 386 (tribunal du district sud de l'État de New York, 1988) (jugant que le Secrétaire du Gouvernement mexicain est passible de poursuites en sa qualité officielle et peut se prévaloir de la protection de ladite loi; *Mueller v. Diggelman*, n° 82 Civ. 5513, 1983 WL 25419 (tribunal du district sud de l'État de New York, 13 mai 1983) (considérant qu'un tribunal suisse est un « organe » de l'État); *Rios v. Marshall*, 530 F.Supp. 351 (district sud, État de New York, 1981) (jugant qu'un comité d'entreprise étranger est un « démembrement de l'État » au sens de la FSIA, reconnaissant ainsi au comité d'entreprise le droit à la protection). La relation entre l'immunité *ratione materiae* des représentants de l'État et l'immunité de l'État est aussi invoquée en matière pénale (voir par exemple Hazel Fox, op. cit. (1999) note 84, p. 695 et 696; Pasquale De Sena, « Immunity of State Organs and Defence of Superior Orders as an Obstacle to the Domestic Enforcement of International Human Rights », in Benedetto Conforti et Francesco Francioni (dir. publ.), *Enforcing International Human Rights in Domestic Courts* (La Haye, Martinus Nijhoff, 1997), p. 371).

90. En ce qui concerne les bénéficiaires, les deux formes d'immunité diffèrent en ce que l'immunité *ratione personae* est réservée à un nombre limité de hauts responsables en exercice, tandis que l'immunité *ratione materiae* couvrirait les représentants de l'État dans leur ensemble²¹⁹ et s'étendrait au-delà du terme de leurs fonctions. Il s'ensuit, notamment, que le haut responsable, tel que le chef de l'État, jouira d'une large immunité *ratione personae* tant qu'il exerce ses fonctions²²⁰, mais une fois qu'il aura quitté le pouvoir, il continuera de bénéficier d'une immunité *ratione materiae* plus limitée²²¹. Pourtant, un certain nombre de questions se posent. Ainsi, la question de savoir si l'immunité *ratione personae* protège les seuls chefs d'État ou si elle s'étend à d'autres hauts responsables demeure controversée (la Cour internationale de Justice l'a étendue aux chefs de gouvernement et ministres des affaires étrangères, et d'autres tribunaux sont allés encore plus loin pour l'étendre à d'autres hauts responsables).

91. S'agissant du contenu de l'institution, il convient de rappeler que l'immunité *ratione personae* a un domaine d'application matérielle plus étendu, en ce qu'elle couvre toute conduite du représentant de l'État en cause²²², alors que l'immunité *ratione materiae* est circonscrite aux actes accomplis dans l'exercice de fonctions officielles. Autrement dit, la première est accordée en considération du statut de la personne qui en bénéficie (*ratione personae*), tandis que la seconde l'est en considération de la nature de la conduite en cause (*ratione materiae*). Se pose essentiellement à cet égard la question de la définition de l'expression « actes officiels », couverts par l'immunité *ratione materiae*, et celle de savoir comment distinguer ceux-ci des actes accomplis par le représentant de l'État à titre privé.

92. La question des exceptions éventuelles a aussi été envisagée différemment selon la forme d'immunité considérée. La principale controverse porte à cet égard sur les crimes de droit international. La thèse selon laquelle ces crimes seraient exclus du bénéfice de l'immunité *ratione materiae* semble être la plus largement admise (encore que l'intérêt et la portée même de cette exception restent sujets à interprétations). À l'inverse, selon l'opinion majoritaire (clairement affirmée par la Cour internationale de Justice dans son arrêt relatif à l'affaire du *Mandat d'arrêt*, ainsi que par la jurisprudence interne, mais critiquée par un certain nombre d'auteurs), cette exception ne jouerait pas dans le cas de l'immunité *ratione personae*.

93. Ces questions sont examinées plus en détail ci-après.

²¹⁹ Sur cette question, voir la section B de la présente partie.

²²⁰ Ainsi que l'a fait observer Cassese, le haut responsable serait, même durant l'exercice de ses fonctions, aussi couvert par l'immunité *ratione materiae* à raison des actes accomplis en qualité officielle. Dans ce sens, on peut dire que les deux formes d'immunité coexistent et, dans une certaine mesure, se chevauchent (voir Cassese, « Peut-on poursuivre ... », op. cit. note 206, p. 864; voir aussi Dinstein, op. cit., p. 82). Cette coexistence n'aurait cependant aucune incidence, sauf si l'on devait concevoir une différence de nature entre les deux catégories d'immunité, auquel cas l'immunité *ratione personae* constituerait un obstacle de procédure à l'exercice de compétence par des tribunaux pénaux étrangers, cependant que l'immunité *ratione materiae* offrirait un moyen de défense au fond (sur cette théorie, voir *supra*, les notes 213 et 214 et le texte correspondant).

²²¹ Aussi utilise-t-on parfois l'expression « immunité résiduelle » pour désigner l'immunité *ratione materiae* qui subsiste à la cessation des fonctions (voir par exemple Andrea Bianchi, « Immunity versus Human Rights: The Pinochet Case », *European Journal of International Law*, vol. 10 (1999), p. 254, note 73).

²²² Aussi l'immunité *ratione personae* est-elle souvent dite « absolue » ou « totale ».

A. Immunité *ratione personae*

94. Caractérisée par son champ d'application matérielle étendu, l'immunité *ratione personae* est accordée en droit international à un nombre limité de représentants de l'État, en particulier aux chefs d'État, pendant l'exercice de leurs fonctions. Si la pratique des États sur ce sujet (y compris de nombreuses décisions judiciaires internes) est assez abondante en matière civile, rares sont les instances pénales à l'occasion desquelles la question de l'immunité a été examinée par des juridictions internes. Si la jurisprudence civile n'entre pas, techniquement parlant, dans le champ de la présente étude, elle peut présenter un intérêt particulier et traiter de questions pertinentes en l'occurrence, si bien qu'on l'invoque à l'occasion. Quoiqu'il en soit, la question de l'immunité de juridiction pénale défraie la chronique judiciaire ces derniers temps, du fait notamment de la multiplicité des poursuites pénales contre des chefs d'État en exercice et d'autres fonctionnaires de haut rang pour crimes de droit international.

95. La jurisprudence et la doctrine sur la matière s'enrichissent²²³. On retiendra que la question de l'immunité *ratione personae* est au cœur du jugement rendu par la Cour internationale de Justice dans l'affaire du *Mandat d'arrêt*, litige né de l'émission et de la diffusion internationale par la Belgique d'un mandat d'arrêt contre le Ministre des affaires étrangères en exercice de la République démocratique du Congo pour des chefs de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité en droit belge. Même si la Cour s'est clairement prononcée sur la portée de l'immunité reconnue à tout ministre des affaires étrangères, la question de l'immunité *ratione personae* ne laisse semble-t-il d'être controversée.

1. Individus couverts

96. Délimiter le champ d'application personnel de l'immunité *ratione personae* conduit essentiellement à définir les catégories de représentants de l'État qui bénéficient de cette immunité et à en expliquer le bien-fondé, un certain nombre de questions connexes, dont principalement celle des circonstances d'octroi de l'immunité, devant également être envisagées.

97. À en juger par la pratique des États et la doctrine, les représentants de l'État qui peuvent prétendre à l'immunité *ratione personae* relèvent de trois catégories distinctes : a) les chefs d'État; b) les chefs de gouvernement et ministres des affaires étrangères; et c) d'autres fonctionnaires de haut rang. Il n'est semble-t-il aucun cas où l'on ait prétendu étendre le bénéfice de l'immunité à des représentants de l'État de rang inférieur, sauf circonstances bien déterminées. Il est toutefois trois catégories de fonctionnaires de rang subalterne qui bénéficient de cette immunité et dont la situation a déjà fait l'objet de codification, à savoir : les agents diplomatiques, bénéficiant de l'immunité de la juridiction pénale de l'État accréditaire en vertu du paragraphe 1 de l'article 31 de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques (1961); les représentants de l'État d'envoi dans la

²²³ Il est évident que la médiatisation des affaires mettant en cause d'anciens hauts responsables gouvernementaux (en particulier l'affaire *Pinochet* en Espagne et au Royaume-Uni), qui d'un point de vue technique relèvent du champ d'application de l'immunité *ratione materiae*, explique aussi le regain d'intérêt pour la question de l'immunité *ratione personae*, suscitant l'ouverture de nouvelles poursuites judiciaires contre des représentants de l'État en exercice ainsi qu'un regain d'attention pour la question de l'immunité *ratione personae* dans la doctrine.

mission spéciale et les membres du personnel diplomatique de celle-ci, qui jouissent aussi de l'immunité de la juridiction pénale de l'État de réception en vertu du paragraphe 1 de l'article 31 de la Convention sur les missions spéciales (1969); et le chef de mission et les membres du personnel diplomatique d'une mission auprès d'une organisation internationale de caractère universel, en vertu de l'article 30 de la Convention de Vienne sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel (1975)²²⁴.

98. Il convient de souligner d'emblée que cette immunité est circonscrite à la période durant laquelle le représentant de l'État concerné exerce ses fonctions : son champ d'application matérielle étendu se justifie par l'impératif de protéger le bénéficiaire et de lui permettre d'exercer ses fonctions officielles²²⁵. Après la cessation de ses fonctions, l'intéressé n'est plus couvert que par l'immunité *ratione materiae*, plus limitée. Le champ d'application temporel restrictif de l'immunité *ratione personae* est unanimement accepté par la doctrine²²⁶ et consacré par la jurisprudence interne²²⁷. À preuve, la solution retenue par l'Audiencia Nacional (juridiction espagnole compétente en matière pénale, sociale et de contentieux administratif) qui, dans deux procédures pénales fondées sur des charges similaires, a, d'une part, refusé l'immunité à Augusto Pinochet, en qualité d'ancien chef d'État du Chili, et, d'autre part, l'a reconnue dans une action contre Fidel Castro en sa qualité de chef d'État en exercice de Cuba²²⁸.

²²⁴ Il est aussi des conventions consulaires bilatérales qui prévoient que des membres du personnel diplomatique affectés à des fonctions consulaires continuent de bénéficier des droits, privilèges et immunités dont ils jouissent en vertu de leur statut diplomatique et que les fonctionnaires consulaires jouissent de l'immunité de la juridiction pénale, civile et administrative de l'État accréditaire sauf en cas d'action civile; voir, par exemple, les articles 23 et 32 de la Convention consulaire entre l'Union des républiques socialistes soviétiques et la République populaire de Chine, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1477, p. 225.

²²⁵ Semblable à celle accordée au chef de mission diplomatique en fonction, ce type d'immunité est fondé sur le principe *ne impediatur legatio* (voir Fox, « The Pinochet Case No. 3 », op. cit. (1999) note 218, p. 494 à 496).

²²⁶ Voir notamment : Cassese, « Peut-on poursuivre ... », op. cit. note 206, p. 864; Michel Cosnard, « Quelques observations sur les décisions de la Chambre des Lords du 25 novembre 1998 et du 24 mars 1999 dans l'affaire Pinochet », *Revue générale de droit international public*, vol. 104 (1999), p. 314; Michael A. Tunks, « Diplomats or Defendants? Defining the Future of Head-of-State Immunity », *Duke Law Journal*, vol. 52 (2002), p. 663; Zappalà, op. cit. note 214, p. 600.

²²⁷ Voir les différentes affaires, en particulier en matière civile, dans lesquelles un ancien chef d'État s'est vu refuser l'immunité pour des actes privés (et ne s'est donc pas vu accorder l'immunité *ratione personae*), par exemple : Cour d'appel de Paris, *Mellerio c. Isabelle de Bourbon, ex-Reine d'Espagne*, 3 juin 1872 (achat de bijoux destinés à un usage personnel); Tribunal civil de la Seine, *Seyyid Ali Ben Hammond, Prince Rashid c. Wiercinski*, 25 juillet 1916 (achat de messages par l'ancien Sultan de Zanzibar); Cour d'appel de Paris, *Ex-Roi d'Égypte Farouk c. Christian Dior*, 11 avril 1957, in *Journal du droit international* (1957), p. 716 à 718; Tribunal de grande instance de la Seine, *Société Jean Dessès c. Prince Farouk et Dame Sadek*, 12 juin 1963, reproduite dans *Clunet*, 1964, p. 285 (achat par l'ancien Roi d'Égypte de vêtements pour son épouse); *United States of America v. Noriega*, (1990) 746 F.Supp. 1506 (trafic de stupéfiants); et *In re Estate of Ferdinand Marcos*, 25 F.3d 1467, 1471 (9th Cir. 1994).

²²⁸ Concernant l'affaire *Pinochet*, voir la demande d'extradition émise le 3 novembre 1998 (*Auto de solicitud de extradición de Pinochet*, Madrid, 3 novembre 1998, quatrième paragraphe, 5 d), qui distingue clairement entre l'immunité accordée aux chefs d'État en exercice et celle dont jouissent les anciens chefs d'État (voir <http://www.ua.es/up/pinochet/documentos/auto-03-11-98/auto24.htm>). Concernant l'affaire Castro, voir Audiencia Nacional, *Auto del Pleno de la Sala de lo Penal*, 4 mars 1999 (le tribunal a estimé que l'immunité de l'ancien chef d'État trouvait

a) Chefs d'État

99. Que le chef d'État en exercice jouit de l'immunité *ratione personae* de juridiction pénale étrangère semble incontesté. Aux termes du paragraphe 2 de l'article 3 de la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, la Convention « n'affecte pas [...] les privilèges et immunités que le droit international reconnaît *ratione personae* aux chefs d'État »²²⁹. Dans l'affaire du *Mandat d'arrêt*, la Cour internationale de Justice a déclaré qu'il était « clairement établi en droit international que [...] certaines personnes occupant un rang élevé dans l'État, telles que le chef de l'État [...] jouissaient] dans les autres États d'immunités de juridiction, tant civiles que pénales »²³⁰. Dans l'affaire *Djibouti c. France*, dont était saisie la Cour internationale de Justice, l'immunité *ratione personae* du chef de l'État a été admise par les deux parties²³¹. Dans le jugement qu'elle a rendu récemment dans ladite affaire, la Cour a réaffirmé que le chef d'État jouissait « d'une immunité de juridiction pénale et d'une inviolabilité totales »²³². De surcroît, cette immunité est parfois reconnue expressément en droit interne; ainsi, de la section 20 de la loi de 1978 du Royaume-Uni sur l'immunité des États, applicable aux souverains et autres chefs d'État²³³.

son fondement non pas dans la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques et la Convention de Vienne sur les relations consulaires, mais dans les conventions bilatérales et le droit international coutumier).

²²⁹ Au paragraphe 6 de son commentaire sur le projet d'article correspondant, la Commission a déclaré ce qui suit :

« Le paragraphe 2 a pour but de faire [...] une référence expresse aux immunités que le droit international en vigueur accorde *ratione personae* aux souverains étrangers et autres chefs d'État agissant à titre personnel. Quant aux immunités juridictionnelles des États qui sont reconnues aux souverains ou autres chefs d'État agissant en qualité d'organes ou de représentants de l'État, elles font l'objet de l'article 2, où l'alinéa b, i et v, du paragraphe 1 vise les divers organes de gouvernement d'un État et les représentants de l'État, y compris les chefs d'État, quel que soit le système de gouvernement. La réserve énoncée au paragraphe 2 de l'article 3 porte donc exclusivement sur les actes accomplis à titre privé, ou sur les immunités et privilèges de caractère personnel qui sont reconnus et accordés dans la pratique, et dont le statut n'est en rien affecté par les présents articles. Les dispositions du droit coutumier en vigueur sont ainsi préservées. » [*Annuaire...*, 1991, vol. II (deuxième partie), p. 22 (note omise)].

²³⁰ *Mandat d'arrêt* ..., op. cit., note 3, p. 21 et 22, par. 51.

²³¹ Voir, par exemple: *Mémoire de la République de Djibouti*, 15 mars 2007, par. 133; *Contre-mémoire de la République française*, 13 juillet 2007, par. 4.6; CR 2008/1, p. 35 à 37 (van den Biesen, pour Djibouti); CR 2008/5, p. 25 (Pellet, op. cit., pour la France).

²³² *Djibouti c. France*, p. 53, par. 170.

²³³ 20 juillet 1978, reproduite dans *International Legal Materials*, vol. 17, 1978, p. 1123. De même, la section 36 de la loi australienne sur les immunités des États étrangers (loi n° 196 de 1985) étend aux chefs d'État étrangers le champ d'application de la loi d'application de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques (la loi de 1967 sur les privilèges et immunités diplomatiques), en y apportant toutes modifications nécessaires. Dans d'autres pays, la législation nationale sur l'immunité des États fait entrer le chef d'État agissant à titre officiel dans la définition de « l'État étranger »; voir : sect. 2 a) de la loi canadienne sur l'immunité des États (de 1980, et modifiée par la suite); sect. 15 1) a) de l'ordonnance pakistanaise n° VI de 1981 sur l'immunité des États; sect. 16 1) de la loi singapourienne de 1979 sur l'immunité des États (amendée en 1985); section 2 a) de la loi sud-africaine n° 87 de 1981 sur l'immunité des États (toutes reproduites dans Andrew Dickinson, Rae Lindsay and James P. Loonam – Clifford Chance (éd.), *State Immunity. Selected Materials and Commentary* (Oxford, Oxford University Press, 2004), p. 469 à 522). Aux États-Unis, la jurisprudence n'est pas unanime sur le point de

100. La jurisprudence interne offre plusieurs exemples de reconnaissance de cette immunité²³⁴. Ainsi, la Cour suprême fédérale de la République fédérale d'Allemagne a rejeté en 1984 une exception d'incompétence dans une instance pénale contre M. Honecker, Chef de l'État de la République démocratique d'Allemagne, motif pris de l'immunité de juridiction pénale étrangère que celui-ci tirait des règles générales du droit international²³⁵. En France, la Cour de cassation annulait en 2000 une décision de la Cour d'appel de Paris déniant l'immunité au colonel Kadhafi, Chef de l'État de la Jamahiriya arabe libyenne, à raison de charges découlant de l'attentat contre un aéronef en 1989, a déclaré que :

« La coutume internationale s'oppose à ce que les chefs d'État en exercice puissent, en l'absence de dispositions internationales contraires s'imposant aux parties concernées, faire l'objet de poursuites pénales d'un État étranger »²³⁶.

101. En 2004, un juge principal de district britannique (Senior District Judge) a refusé de délivrer un mandat d'arrêt contre M. Mugabe pour des allégations de torture au motif qu'en sa qualité de Chef de l'État en exercice du Zimbabwe, M. Mugabe tirait immunité de la section 20 de la loi sur l'immunité des États²³⁷. Dans une affaire récente, en 2008, l'Audiencia Nacional espagnole, invoquant des précédents allemands et belges, ainsi que l'affaire du *Mandat d'arrêt*, a déclaré que les tribunaux espagnols n'étaient pas compétents pour poursuivre M. Kagame, l'actuel Chef d'État du Rwanda, de chefs de génocide, de crime contre l'humanité, de crime de guerre et d'actes terroristes²³⁸. L'immunité *ratione personae* des chefs d'État en exercice a également été réaffirmée par les tribunaux qui ont examiné (et parfois rejeté) l'immunité d'anciens chefs d'État : ainsi, dans l'affaire *Pinochet* n° 3,

savoir si la loi de 1976 sur les immunités des souverains étrangers (FISA) se substitue ou non à la règle de *common law* qui consacre l'immunité des chefs d'État : voir, sur ce sujet, la note de bas de page 249 *infra*.

²³⁴ Sur l'immunité des souverains reconnue par la jurisprudence classique, voir le deuxième rapport du Rapporteur spécial Sompong Sucharitkul, qui a conclu que « le fait qu'un souverain étranger [jouisse] de l'immunité juridictionnelle, y compris l'immunité d'arrestation et de détention personnelle dans le territoire d'un autre État, a été fermement établi dans la pratique des États » (*Annuaire ...*, 1980, vol. II (première partie), document A/CN.4/331, p. 203, par. 36). Outre les affaires évoquées ci-après, on citera également le procès civil instruit en Suisse, *Ferdinand et Imelda Marcos c. Office fédéral de la police*, op. cit. note 206, p. 535 et 536, à l'occasion duquel le Tribunal fédéral, examinant la question de l'immunité *ratione materiae* d'un ancien chef d'État, a confirmé le caractère coutumier de l'immunité *ratione personae* de juridiction pénale étrangère du chef d'État en exercice.

²³⁵ Cour suprême fédérale (deuxième chambre criminelle), *Re Honecker*, affaire n° 2 ARs 252/84, arrêt du 14 décembre 1984, 33 BGHSt 97, version anglaise dans *International Law Reports*, vol. 80, p. 365 et 366.

²³⁶ Cour de cassation, affaire *Kadhafi*, arrêt n° 1414 du 13 mars 2001, *Revue générale de droit international public*, vol. 105 (2001), p. 474.

²³⁷ Juge principal de district au tribunal d'instance de Bow Street, *Tatchell v. Mugabe*, jugement du 14 janvier 2004, reproduit dans *International Comparative Law Quarterly*, vol. 53 (2004), p. 769 et 770 : « Le droit international coutumier, consacré dans notre *common law*, reconnaît l'immunité absolue à tous les chefs d'État ».

²³⁸ Audiencia Nacional, *Auto del Juzgado Central de Instrucción N° 4*, 6 février 2008, quatrième paragraphe, n° 1, p. 151 à 157. Le tribunal a fondé sa décision sur l'article 21 de la loi organique relative au pouvoir judiciaire, aux termes duquel la compétence des juridictions espagnoles est limitée par l'immunité de juridiction reconnue par le droit international. Comme il est indiqué dans cette décision, la Audiencia Nacional s'est prononcée dans ce sens dans les affaires pénales instruites contre le Roi du Maroc (*Auto de la Sala Penal de la Audiencia Nacional*, 23 décembre 1998) et contre le Président de la République de Guinée équatoriale.

tout en concevant des limites à l'immunité dont pouvait se prévaloir le général Pinochet vis-à-vis des chefs de torture retenus contre lui, certains lords juristes ont reconnu qu'il en aurait été différemment si le général avait encore été le Président du Chili²³⁹. L'immunité *ratione personae* aux chefs d'État est également consacrée par la doctrine²⁴⁰.

102. Le traitement spécial réservé aux chefs d'État, en particulier l'immunité *ratione personae* dont ils bénéficient, trouve divers fondements en droit international. Classiquement, elle s'expliquait par le statut personnel du chef de l'État en tant que souverain, sur le fondement du principe *par in parem non habet imperium*²⁴¹. On l'a également justifiée au nom de l'impératif de respecter la dignité du chef de l'État, incarnation de la souveraineté de l'État²⁴². Ces théories laissaient apparaître qu'aucune nette distinction n'était faite entre immunité du chef d'État et immunité souveraine de l'État²⁴³ (cette dernière étant alors considérée comme absolue²⁴⁴). On a parfois évoqué la règle de la courtoisie internationale, qui

²³⁹ Voir *Pinochet* n° 3, en particulier : Lord Hope of Craighead, p. 624; Lord Hutton, p. 637 et 638; Lord Saville of Newdigate, p. 642; Lord Millett, p. 651; et implicitement Lord Phillips of Worth Matravers, p. 660 et 661. Ce principe a été reconnu par l'accusation (*ibid.*, p. 637).

²⁴⁰ Voir, par exemple, Verhoeven, « Rapport provisoire », *op. cit.* note 207, p. 516 (et les auteurs qui y sont cités); Christian Dominicé, « Quelques observations sur l'immunité de juridiction pénale de l'ancien chef d'État », *Revue générale de droit international public*, vol. 103 (1999), p. 301 et 302; Virpi Koivu, « Head-of-State Immunity v. Individual Criminal Responsibility under International Law », *Finnish Yearbook of International Law*, vol. XII (2001), p. 312; Charles Pierson, « Pinochet and the End of Immunity: England's House of Lords Holds that a Former Head of State is Not Immune for Torture », *Temple International and Comparative Law Journal*, vol. 14 (2000), p. 273 et 274; Charles Rousseau, *Droit international public, tome IV : Les relations internationales* (Paris, Sirey, 1980), p. 125 et 126; Ernest Mason Satow, *Satow's Guide to Diplomatic Practice*, Lord Gore-Booth (dir. publ.), 5^e éd. (Londres, Longmans Green, 1979), p. 9 et 10; Xiaodong Yang, « State immunity in the European Court of Human Rights: Reaffirmations and misconceptions », *British Year Book of International Law*, vol. 74 (2003), p. 352 et 353; et Zappalà, *op. cit.* note 214, p. 599 et 600. Voir, cependant, Jerrold L. Mallory, « Resolving the Confusion Over Head of State immunity: The Defined Rights of Kings », *Columbia Law Review*, vol. 86 (1986), p. 176 à 179, qui faisait observer, en 1986, que « s'il ressort de l'étude de la conception de l'immunité des chefs d'État par la communauté internationale que l'on s'accorde à considérer que les chefs d'État doivent jouir d'une certaine immunité, il n'existe pas de consensus quant à l'étendue de cette immunité » (*ibid.*, p. 177).

²⁴¹ Voir, par exemple, tribunal du district sud de New York, *Tachiona v. Mugabe*, 169 F. Supp. 2d (S.D.N.Y. 2001), p. 264.

²⁴² Voir *ibid.*, p. 268 et 269. Voir aussi, Royaume-Uni, affaire *De Haber v. Queen of Portugal* : « Citer un souverain étranger devant une juridiction nationale pour un motif lié à ses fonctions publiques est contraire au droit des gens, et constitue une injure dont il peut légitimement prendre grief » (cité par le Rapporteur spécial Sucharitkul, dans l'*Annuaire ...*, 1980, vol. II, première partie, p. 203, note 28). Voir aussi la première partie, sect. C.1.

²⁴³ Comme le Rapporteur spécial Sucharitkul l'a indiqué dans son deuxième rapport, « [l]a majorité des auteurs ont assimilé les immunités des souverains étrangers à celles des États étrangers. » (*Annuaire ...*, 1980, vol. II, première partie, p. 203, par. 36). Voir aussi, États-Unis, *Tachiona v. Mugabe*, où le tribunal de district a relevé qu'avant 1976 (année de l'adoption de la loi sur les immunités souveraines étrangères aux États-Unis), « il n'existait pas de pratique internationale largement reconnue érigeant l'immunité des chefs d'État en principe autonome » (*op. cit.*, p. 276; voir aussi J. W. Dellapenna, « Head-of-state immunity – Foreign Sovereign Immunities Act - suggestion by the Department of State », *American Journal of International Law*, vol. 88 (1994), p. 529 et 530; S. V. George, « Head of State immunity in the United States courts: still confused after all these years », *Fordham Law Review*, vol. 64 (1995), p. 1055.

²⁴⁴ Au sujet de l'immunité absolue du souverain étranger fondée sur cette théorie classique, voir la célèbre décision de 1812 de la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire *The Schooner*

veut que tout États respecte le principe de l'immunité afin que son propre chef d'État se voit réserver le même traitement à l'étranger²⁴⁵.

103. S'écartant des principes susévoqués, le droit international contemporain fonde désormais l'immunité du chef d'État davantage sur la nécessité de veiller à ce que celui-ci puisse exercer efficacement ses fonctions au nom de l'État²⁴⁶. C'est notamment la solution adoptée par l'Institut de droit international²⁴⁷, mais aussi celle retenue par la Commission dans le commentaire relatif à son projet d'articles sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens²⁴⁸. Il s'ensuit que l'immunité du chef d'État est de nos jours regardée comme une institution autonome du droit international, justifiée par sa propre raison d'être et soumise à un régime propre²⁴⁹. Il semble cependant que les fondements classiques susévoqués n'aient

« *Exchange* » v. *McFaddon*, en particulier les pages 136 et 137.

²⁴⁵ Voir, par exemple, *Hilton v. Guyot*, 159 U.S. 113, 163-64, 16 S.Ct.139, 143 L.Ed. 95 (1895) : la courtoisie n'est « ni une question d'obligation absolue [...] ni de simple politesse et de bonne volonté [...] mais la reconnaissance que chaque nation accorde sur son territoire aux actes législatifs, exécutifs ou judiciaires d'une autre nation, en considération des obligations et des convenances internationales ainsi que des droits de ses propres citoyens ou de toutes autres personnes placées sous la protection de ses lois » (cité dans le tribunal du district est de New York, *Lafontant v. Aristide*, 844 F.Supp.128, jugement du 27 janvier 1994, p. 132). Voir aussi, tribunal du district de Columbia, *Flatow v. Islamic Republic of Iran*, 76 F. Supp. 2d 28 (D.D.C. 1999), p. 24 : « tout comme l'immunité de l'État souverain, l'immunité du chef de l'État relève davantage du bon vouloir et de la courtoisie que d'une question de droit ».

²⁴⁶ Voir Verhoeven, « Rapport provisoire », par. 16, op. cit. note 207, p. 507 et 508.

²⁴⁷ Dans le préambule de la résolution qu'il a adoptée à sa session de Vancouver, l'Institut affirme « qu'un traitement particulier doit être accordé au chef d'État ou de gouvernement, en tant que représentant de cet État, non pas dans son intérêt personnel, mais parce qu'il lui est nécessaire pour exercer ses fonctions et assumer ses responsabilités de manière indépendante et efficace, dans l'intérêt bien compris tant de l'État concerné que de la communauté internationale dans son ensemble » (troisième paragraphe du préambule de la résolution du 26 août 2001).

²⁴⁸ Au paragraphe 19 de son commentaire sur le projet d'article 2 de ce qui deviendra plus tard la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, la Commission indique que l'immunité *ratione personae* des souverains et des ambassadeurs a « vu le jour ... pour le bénéfice ... de l'État qu'ils représentent, afin de leur permettre d'exercer leurs fonctions de représentation ou d'exercer comme il convient leurs fonctions officielles » (*Annuaire...*, 1991, vol. II (deuxième partie), p. 18 et 19).

²⁴⁹ La question de l'autonomie de l'institution de l'immunité des chefs d'État a été maintes fois examinée par les juridictions nationales. Aux États-Unis, l'enjeu consiste à déterminer si l'immunité des chefs d'État (et d'autres responsables) entre dans les prévisions de la loi de 1976 sur les immunités des souverains étrangers (*Foreign Sovereign Immunities Act*). La jurisprudence sur le sujet n'est pas unanime : certains tribunaux estiment que cette loi s'applique aux responsables étrangers à titre individuel (voir, en particulier, Cour d'appel du neuvième circuit, *Chuidian v. Philippine National Bank*, 912 F.2d 1095 (9th Cir. 1990), *International Law Reports*, vol. 92, p. 480 à 493), suivie, par exemple, par le tribunal du district nord de Californie, *Doe v. Qi*, 349 F.Supp.2d 1258) tandis que d'autres estiment que l'immunité du chef d'État est une règle autonome de *common law* qui impose aux tribunaux d'accepter comme décisives les immunités que le Département d'État propose d'accorder (voir, par exemple, *Lafontant v. Aristide* ou *Tachiona v. Mugabe*). Sur cette question, voir par exemple, *Tunks*, op. cit. note 226, p. 666 à 675. Au Royaume-Uni, la loi de 1978 sur l'immunité des États fait la distinction entre l'immunité de la juridiction des États étrangers (régie par la partie I, qui ne s'applique pas aux poursuites pénales) et l'immunité des chefs d'État (visée à la section 20 de la partie III); en conséquence, dans l'affaire *Pinochet* n° 3, les lords juristes ont examiné l'immunité d'un ancien chef d'État en se fondant sur ces dernières dispositions, qu'ils ont estimé conformes aux règles générales du droit international (voir l'affaire *Pinochet* n° 3, en particulier Lord Browne-Wilkinson, p. 593, Lord Goff of Chieveley, p. 598 et Lord Hope of

pas complètement disparu et que certains auteurs continuent d'y trouver l'explication de certains aspects de l'immunité *ratione personae* du chef d'État²⁵⁰. En tout état de cause, l'immunité a généralement pour objet de préserver la stabilité des relations internationales²⁵¹, impératif d'autant plus fort qu'il s'agit du chef d'État, étant donné ses fonctions de représentation de haut niveau²⁵² et l'importance de son rôle dans l'organisation interne de l'État.

104. Pour accorder l'immunité *ratione personae* il faut au préalable déterminer si la personne accusée est un chef d'État en exercice, ce qui conduit à répondre aux deux questions distinctes de savoir si, d'une part, l'entité dont il est question est un État souverain et, d'autre part, si l'individu en cause occupe la position de chef de l'État dans l'organisation de cette entité²⁵³. C'est souvent le pouvoir judiciaire qui répond lui-même à ces questions²⁵⁴, mais dans certains pays (principalement ceux de *common law*), l'exécutif saisit la justice d'un certificat ou d'une déclaration d'immunité ayant valeur de preuve concluante sur ces questions²⁵⁵.

Craighead, p. 621 et 622).

- ²⁵⁰ Selon Watts, par exemple, le chef d'État jouit de l'immunité « en reconnaissance du statut très particulier qui est le sien en tant que titulaire de la plus haute fonction de l'État » (Watts, op. cit. note 58, p. 53). Plus loin, il justifie le traitement spécial accordé par le droit international au chef d'État (par opposition à celui dont bénéficient les chefs de gouvernement et les ministres des affaires étrangères) par les qualités de souveraineté ou de majesté s'attachant à eux personnellement (ibid., p. 102 et 103; cette solution est invoquée dans l'opinion individuelle commune présentée par les juges Higgins, Kooijmans et Buergenthal dans l'affaire *Mandat d'arrêt* ..., par. 80 et dans l'opinion dissidente du juge Al-Khasawneh, ibid., par. 2). De même, Lord Millett, dans l'affaire *Pinochet* n° 3 [Le chef d'État en exercice jouit de l'immunité *ratione personae* « en raison du statut particulier qui est le sien en tant que titulaire de la plus haute fonction de l'État. Il est considéré comme incarnant l'État lui-même » (*International Legal Materials*, vol. 38, p. 644)]. Voir aussi : Robertson, op. cit., p. 402; Rémy Prouvèze, « L'affaire relative au mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (*République démocratique du Congo c. Belgique*) : quelle contribution de la Cour internationale de Justice au droit international pénal? », *L'Observateur des Nations Unies*, n° 12 (2002), p. 296 et 297; et Tunks, op. cit., p. 654 à 657.
- ²⁵¹ Zappalà, op. cit. note 214, p. 611. Dans l'affaire *Re Honecker*, la Cour suprême fédérale de la République fédérale d'Allemagne a souligné que l'immunité reconnue au chef d'État en droit international était « accordée principalement dans l'intérêt mutuel des États à entretenir des relations bilatérales sans heurts », ce qui « pourrait être compromis » si la Cour décidait de la juridiction compétente, *Re Honecker*, op. cit. note 235, p. 366).
- ²⁵² Sur le rôle du statut représentatif du chef d'État au regard de l'immunité qu'il tire du droit international, voir : Cour suprême de l'Inde, *Colonel H.H. Raja Sir Harinder Singh Barar Bans Ahadur v. Commissioner of Income Tax*, arrêt du 15 octobre 1971, *International Law Reports*, vol. 64, p. 528 : « En droit international, le chef d'État représente l'État en tant que tel et non en tant qu'individu représentant ses propres droits. En cette qualité, il jouit de certains privilèges extraterritoriaux dans d'autres États qui entretiennent des relations amicales et pacifiques avec l'État qu'il représente, à savoir les États accréditaires ».
- ²⁵³ Watts appelle l'attention sur ces deux questions à propos de la reconnaissance des chefs d'État (op. cit. note 58, p. 33).
- ²⁵⁴ Même dans ce cas, cependant, l'appareil judiciaire, tout en conservant son pouvoir d'appréciation, peut demander l'avis du gouvernement, en particulier du ministère des affaires étrangères (voir, par exemple, l'observation formulée par Broms à propos de la pratique de la Finlande, dans Institut, *Annuaire*, vol. 69 (2000-2001), p. 475).
- ²⁵⁵ Voir, par exemple, la section 21 a) de la loi britannique de 1978 sur l'immunité des États [« Un certificat délivré par le Ministre a valeur concluante s'agissant de déterminer a) si tel pays est un État aux fins de la partie I de la présente loi, si tel territoire est un territoire constitutif d'un État fédéral à ces fins et si la ou les personnes doivent être considérées à ces fins comme le chef ou le gouvernement d'un État... »]; section 40 1) c) de la loi australienne sur les immunités des

i) *Comment déterminer si telle entité a la qualité d'État souverain*

105. Dans la plupart des cas, la première question ne soulève pas de difficultés particulières (ni ne suscite de différend entre les parties) et la qualité d'État d'une entité ressort implicitement de l'exposé des motifs de la décision judiciaire. Il convient toutefois de mentionner certaines affaires à l'occasion desquelles le tribunal saisi a dû s'arrêter sur cette question. Ainsi, en Italie, en 1985, la Cour de cassation a été priée de dire si M. Arafat, sous le coup d'un mandat d'arrêt délivré par les autorités italiennes, jouissait de l'immunité en sa qualité de chef et de représentant de l'Organisation de libération de la Palestine (OLP)²⁵⁶. La Cour a affirmé que le droit international coutumier accordait l'immunité de juridiction pénale et l'inviolabilité aux seuls chefs d'organisations souveraines assimilables à un État (défini par la Cour comme une entité exerçant, en toute indépendance, un pouvoir gouvernemental effectif sur une population établie sur un territoire) et que l'OLP ne répondait pas à cette qualification n'ayant pas de souveraineté territoriale²⁵⁷. La Cour a signalé que cette décision était confirmée par la position adoptée par le Gouvernement italien dans ses relations avec l'OLP telle qu'exposée par le Ministère des affaires étrangères²⁵⁸. Elle a cependant fait observer que la reconnaissance *de jure* ou *de facto* accordée à cette dernière par certains gouvernements n'avait pas d'effet constitutif et ne pouvait pas suffire à revêtir l'OLP de la qualité d'État²⁵⁹.

106. Plus récemment, mais avant l'accession du Monténégro à l'indépendance en 2006, la Cour de cassation italienne a refusé au Président du Monténégro l'immunité reconnue aux chefs d'État par le droit international coutumier, au motif que l'entité concernée ne pouvait pas être qualifiée d'État souverain. La Cour est parvenue à

États; section 14 1) c) de la loi canadienne sur l'immunité des États; section 18 a) de l'ordonnance pakistanaise sur l'immunité des États; section 18 a) de la loi singapourienne sur l'immunité des États; section 17 c) de la loi sud-africaine sur les immunités des États étrangers. Il convient de souligner que ces dispositions trouvent généralement application en matière civile : ainsi, en vertu de la loi britannique sur l'immunité des États, le certificat est établi « aux fins de la partie I », qui ne s'applique pas en matière pénale (sect. 16 4)]. Toutefois, dans une récente affaire pénale, un tribunal divisionnaire a déclaré qu'« il serait étrange qu'un [tel] certificat ... constitue une preuve concluante en matière civile mais soit sans valeur en matière pénale » et a ajouté que, même en matière pénale, « le certificat délivré par le Ministre doit être regardé comme décisif s'agissant de déterminer le droit à l'immunité souveraine » [Royaume-Uni, tribunal du banc de la Reine (tribunal divisionnaire)], *R (on the application of Diepreye Solomon Peter Alamieyeseigha) v. The Crown Prosecution Service*, jugement du 25 novembre 2005, en particulier les paragraphes 31 à 34; comme on le verra pour statuer sur la question de l'immunité en l'espèce, le tribunal a néanmoins également retenu d'autres facteurs).

²⁵⁶ Cour de cassation (chambre criminelle I), *Arafat e Salah*, arrêt du 28 juin 1985 (n° 1981), *Rivista di diritto internazionale*, vol. LXIX, p. 884 à 889. Pour une autre affaire où des questions similaires ont été examinées par la Cour, voir : Cour de cassation, *Bacchelli v. Comune di Bologna*, arrêt du 20 février 1978 (n° 804), *Italian Yearbook of International Law*, vol. IV (1978-1979) (note de Luigi Condorelli), p. 137 à 145 (refusant l'immunité au grand maître de l'ordre de Santa Maria Gloriosa).

²⁵⁷ Ibid., p. 885. Le droit international coutumier était directement applicable par la Cour en vertu du paragraphe 1 de l'article 10 de la Constitution italienne. La Cour a bel et bien reconnu l'OLP comme mouvement de libération nationale jouissant d'une personnalité internationale limitée (ibid.), mais a estimé que le droit international n'obligeait pas l'Italie à accorder l'immunité au chef d'un tel mouvement et que la législation italienne n'avait pas accordé cette immunité au chef de l'OLP au-delà des dispositions du droit international (ibid., p. 887 et 888).

²⁵⁸ Ibid., p. 886 et 887.

²⁵⁹ Ibid., p. 887.

cette conclusion en examinant les dispositions constitutionnelles pertinentes (du Monténégro et de la Communauté étatique de Serbie-et-Monténégro), la position adoptée par d'autres États dans leurs relations avec cette entité, les accords conclus par celle-ci avec d'autres États, sa qualité de membre d'organisations internationales et les vues du Ministère des affaires étrangères sur la question²⁶⁰. Aux États-Unis, il ressort de la jurisprudence que pour apprécier si tel chef d'État jouit de l'immunité, les tribunaux recherchent si le pouvoir exécutif a reconnu la qualité d'État à l'entité concernée²⁶¹. Au Royaume-Uni, un tribunal divisionnaire, appelé à dire si le gouverneur et chef de l'exécutif de l'État de Bayelsa jouissait de l'immunité dans une affaire pénale d'accusations de corruption, a estimé qu'un certificat émanant du Ministre britannique, affirmant que « l'État de Bayelsa [était] un territoire constitutif de la République fédérale du Nigéria » et que la personne en cause « ne devait pas être considérée [...] comme le chef de l'État de la République fédérale du Nigéria » valait « preuve décisive » aux fins du déni de cette immunité. Le tribunal a toutefois également retenu que l'État de Bayelsa n'avait pas la capacité juridique de conclure des relations internationales ainsi que « d'autres facteurs pertinents », dont les fonctions confiées à l'État Membre et l'avis du pouvoir judiciaire fédéral²⁶².

ii) *Comment déterminer si telle personne a la qualité de chef d'État*

107. La deuxième question – celle de savoir si telle personne est chef d'État – est compliquée par le fait que le droit international ne définit pas la notion de « chef d'État », ni ne précise les modes d'acquisition de cette qualité ni (à quelques exceptions près) les fonctions qui y sont généralement attachées²⁶³. Il convient donc de s'attacher à l'organisation interne de chaque État, laquelle peut varier

²⁶⁰ Cour de Cassation (Troisième chambre criminelle), Ministère public (Tribunal de Naples) c. Milo Djukanovic, n° 49666, arrêt du 28 décembre 2004, en particulier les paragraphes 16 et 35.

²⁶¹ Ainsi qu'il ressort de l'exposé des motifs donné par la Cour d'appel du deuxième circuit dans l'affaire *Kadic v. Karadzic* (70 F.3d 232), instruite contre le dirigeant de la Republika Srpska. Même si le principal argument de Karadzic dans cette instance était que « son statut d'invité de l'Organisation des Nations Unies lors de ses visites aux États-Unis le mettait à l'abri de poursuites », en vertu soit de l'accord de siège, soit du droit commun fédéral (motif rejeté; *ibid.*, p. 246 et 247), la Cour, évoquant incidemment la question de l'immunité du chef d'État, a fait observer notamment que si l'acquisition du statut d'État en droit international n'exigeait pas la reconnaissance par les autres États, « les États reconnus jouissaient de certains privilèges et immunités vis-à-vis des poursuites judiciaires », notamment l'immunité du chef d'État (*ibid.*, p. 244). Elle a aussi estimé qu'il serait tout à fait mal venu de sa part d'accorder l'immunité due au chef d'État à Karadzic en se fondant sur une hypothétique reconnaissance future de la Republika Srpska par le Gouvernement américain (*ibid.*, p. 248).

²⁶² *R (on the application of Diepneye Solomon Peter Alamiyeseigha v. The Crown Prosecution Service)*, en particulier les paragraphes 37 à 48.

²⁶³ Voir Verhoeven, « Rapport provisoire », *op. cit.* note 207, p. 497 et 498. Le Rapporteur fait observer que la notion de « chef d'État » « désigne simplement la personne qui, dans un État, est placée à la tête de son appareil organique » (*ibid.*, p. 497; voir aussi Alain Fenet, « La responsabilité pénale internationale du chef d'État », *Revue générale de droit*, vol. 32 (2002), p. 597). Verhoeven observe également que l'article 7 de la Convention de Vienne sur le droit des traités pose une présomption, sans doute irréfutable, à l'effet que le chef de l'État (de même que le chef du gouvernement et le ministre des affaires étrangères) représente l'État pour tous les actes relatifs à la conclusion d'un traité. On le verra ci-après, la Cour internationale de Justice a elle aussi retenu cette disposition en traitant des fonctions normalement dévolues à un ministre des affaires étrangères (voir *Mandat d'arrêt ...*, par. 53).

considérablement d'un État à l'autre²⁶⁴. On pourrait être ainsi conduit à tout à la fois interroger le droit et la pratique internes²⁶⁵. L'Institut de droit international s'est dit d'avis que cette détermination, en particulier quand elle était le fait de tribunaux, soulevait des questions quant aux règles de preuve applicables en droit interne et a décidé en conséquence de s'abstenir d'examiner la question plus avant²⁶⁶. L'article 6 de la résolution adoptée à la session de Vancouver se borne à souligner que les autorités de l'État doivent accorder l'immunité de juridiction au chef d'État étranger « dès l'instant où sa qualité [leur] est connue »²⁶⁷.

108. Il ressort de la jurisprudence que certains tribunaux ont déterminé le statut de chef d'État d'un individu comparaissant devant eux en se fondant à la fois sur les fonctions que celui-ci exerçait dans la structure interne de l'État (à la lumière de la législation et de la pratique) et dans les relations internationales de cet État²⁶⁸. Autrement dit, tout en interrogeant le droit interne, ces tribunaux ont considéré que l'exercice effectif du pouvoir avait valeur décisive. Ainsi, dans l'affaire *Re Honecker*, la Cour suprême fédérale allemande a recherché si l'accusé, qui était Président du Conseil d'État de la République démocratique allemande, pouvait être considéré comme le chef de l'État de ce pays par référence aux fonctions qu'il exerçait en vertu de la Constitution, ainsi qu'à la pratique du Gouvernement de la République fédérale d'Allemagne dans ses relations bilatérales avec ce pays²⁶⁹. En France, la Cour d'appel de Paris fait observer dans l'affaire *Kadhafi* que l'accusé, en sa qualité de Président du Conseil de commandement de la révolution, était la plus haute autorité de la Jamahiriya arabe libyenne en vertu de la proclamation

²⁶⁴ Plus précisément, le chef de l'État peut, dans certains pays, exercer d'importantes fonctions institutionnelles, en sa qualité de chef de l'exécutif, ou occuper une position plutôt symbolique. Comme le fait observer Verhoeven (« Rapport provisoire », op. cit. note 207, p. 498), si l'on considère la tendance moderne à justifier l'immunité *ratione personae* par la nécessité de permettre l'exercice effectif des fonctions officielles, on pourrait s'attendre à ce que cette immunité soit refusée aux chefs d'État dont le rôle demeure purement formel ou protocolaire, mais cela n'est pas confirmé par la pratique. On peut y voir le signe que d'autres éléments de considération amenant à reconnaître l'immunité du chef d'État conservent toute leur pertinence.

²⁶⁵ On pourrait à cet égard établir un parallèle avec la question de la pertinence du droit interne s'agissant de déterminer le statut d'un organe de l'État aux fins de l'attribution d'un acte internationalement illicite. Comme la Commission l'a noté au paragraphe 11 de son commentaire relatif à l'article 4 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État : « La qualification d'un organe comme tel par le droit interne s'impose. Toutefois, il ne suffit pas de se référer au droit interne pour déterminer le statut d'un organe de l'État. Dans certains systèmes, le statut et les fonctions des diverses entités sont définis non seulement par la loi, mais aussi par la pratique, et se reporter exclusivement au droit interne peut induire en erreur. » (*Annuaire ... 2001*, vol. II (deuxième partie), p. 43).

²⁶⁶ La question a été soulevée au point 2 du questionnaire distribué par le Rapporteur (voir Institut, *Annuaire*, op. cit. note 4, p. 452); de l'avis général des membres de la Commission qui ont examiné cet aspect, il ne convenait pas que celle-ci se penche sur cette question (ibid., p. 485).

²⁶⁷ Article 6 de la résolution adoptée par l'Institut. Le projet préliminaire proposé par le Rapporteur était différent : « Le Chef d'un État peut se prévaloir de [...] l'immunité de juridiction [...] dès l'instant où il a fait connaître sa qualité aux autorités du for » (ibid. p. 552 et 553).

²⁶⁸ Verhoeven relève que la détermination judiciaire de la qualité de chef d'État est le plus souvent le fait de tribunaux de pays de *civil law*, qui n'ont traditionnellement aucune obligation de solliciter ou de suivre les opinions du pouvoir exécutif, tandis que les tribunaux des pays de *common law*, qui y sont généralement tenus, tendent à déférer à l'avis exprimé par le ministre des affaires étrangères ou le Département d'État (« Rapport provisoire », op. cit. note 207, p. 500 et 501; voir aussi p. 496). Sur la jurisprudence aux États-Unis, voir *infra*.

²⁶⁹ *Re Honecker*, op. cit. note 235, p. 365 et 366.

constitutionnelle, et qu'il participait aussi en cette qualité à des conférences internationales (par exemple des réunions de chefs d'État arabes ou africains) et recevait les représentants d'États étrangers et les lettres de créance de leurs ambassadeurs²⁷⁰. Aux États-Unis, à l'inverse, certains tribunaux se sont estimés liés par l'avis rendu par l'exécutif, d'une part, à travers sa pratique en matière de reconnaissance de gouvernements étrangers et, d'autre part, par les déclarations d'immunité qu'il avait déposées à l'occasion d'actions intentées contre des chefs d'État : ils ont suivi cet avis même dans les affaires où il ne correspondait pas aux fonctions officielles effectivement exercées au moment des poursuites. Ainsi, le tribunal de district saisi de l'affaire *Lafontant v. Aristide* a déclaré que « l'immunité s'étend à la seule personne que le Gouvernement des États-Unis reconnaît comme le chef d'État officiel » et que, puisque « c'est l'exécutif qui détermine qui a qualité de chef de l'État, ce n'est pas là un point de fait justiciable des tribunaux »²⁷¹. Le Tribunal a fait remarquer que « le Gouvernement des États-Unis a[vait] de façon constante reconnu Jean-Bertrand Aristide comme étant le chef d'État légitime en exercice de la République d'Haïti », même après son exil à la suite d'un coup d'État militaire, et a conclu que la déclaration d'immunité déposée par le Département d'État dans cette espèce « primait en ce qui concerne le Président Aristide », lequel bénéficiait donc de l'immunité²⁷². Un autre tribunal de district a appliqué la même règle pour refuser l'immunité au petit-fils du souverain d'Abou Dhabi et premier héritier du Prince d'Abu Dhabi, en faisant observer que l'exécutif n'avait donné aucun avis concernant le statut de chef d'État du défendeur, ni déposé de déclaration d'immunité²⁷³.

iii) *Rôle de la reconnaissance d'État et de gouvernement*

109. Les développements qui précèdent soulèvent la question connexe du rôle de la reconnaissance d'État et de gouvernement dans l'octroi de l'immunité *ratione personae*²⁷⁴. Comme on l'a vu plus haut, selon la pratique judiciaire dans certains États (notamment aux États-Unis ou au Royaume-Uni), la question de la reconnaissance ne relève pas des tribunaux, qui défèrent à l'avis donné par l'exécutif, de sorte que la reconnaissance joue un rôle décisif dans l'octroi de

²⁷⁰ Cour d'appel de Paris (Chambre d'accusation), affaire *Khadafi*, arrêt du 20 octobre 2000, *Revue générale de droit international public*, vol. 105, 2002, p. 475. L'immunité a été en conséquence accordée au colonel Kadhafi en sa qualité de Chef d'État de facto de la Libye, compte tenu de ce qu'il exerçait les pouvoirs propres à un chef d'État (voir Zappalà, op. cit. note 214, p. 596 et 597).

²⁷¹ *Lafontant v. Aristide*, p. 132 et 133 [on notera qu'il s'agissait d'action civile, intentée notamment sur le fondement de la loi sur les actions en responsabilité civile délictuelle contre des étrangers (*Alien Tort Claims Act*) et de la loi sur la protection des victimes de tortures (*Torture Victim Protections Act*)].

²⁷² Ibid., p. 130 et 139, respectivement. On notera que le tribunal a aussi tiré la déduction logique de cette solution en recherchant si Haïti avait levé l'immunité d'Aristide, déclarant à ce sujet que « puisque les États-Unis ne reconnaissent pas le gouvernement de facto [d'Haïti], ce gouvernement n'a pas le pouvoir de lever l'immunité du Président Aristide » (ibid., p. 134).

²⁷³ Tribunal de district du district de Columbia, *Jungquist v. Sheikh Sultan Bin Khalifa al Nahyan*, jugement du 20 septembre 1996, 940 F Supp. 312 (1996), *International Law Reports*, vol. 113, p. 522 à 533.

²⁷⁴ Sur le rôle de la reconnaissance dans l'immunité *ratione materiae*, qui soulève des problèmes identiques, voir *infra* la section B.2 c).

l'immunité²⁷⁵. Dans d'autres pays, les tribunaux voient dans cette détermination une question de fait qui se pose à l'occasion de l'instance, et qu'ils tranchent en interrogeant séparément les règles internes applicables, et la pratique interne et internationale : à cet égard, la reconnaissance de l'État ou du gouvernement concerné (en particulier par le gouvernement du pays du for) n'est qu'un élément (quoique d'un poids certain) parmi tant d'autres qui sont examinés aux fins de cette détermination²⁷⁶. Du point de vue du droit international, il reste à savoir si

²⁷⁵ Comme il ressort des développements susexposés, aux États-Unis les tribunaux considèrent généralement les déclarations d'immunité souscrites par le Département d'État comme décisives en la matière, mais leurs décisions ne laissent place à aucune ambiguïté concernant le rôle décisif de la reconnaissance dans l'octroi de l'immunité. Voir, par exemple, *Flatow v. Islamic Republic of Iran*, p. 24 (« [s]euls les individus que les États-Unis reconnaissent comme chefs d'État légitimes peuvent prétendre » à l'immunité reconnue aux chefs d'État), ou États-Unis, *Jungquist v. Sheikh Sultan Bin Khalifa Al Nahyan*, op. cit., note 271, p. 531. [« L'immunité du chef de l'État ... n'est accordée qu'à la personne que le Gouvernement des États-Unis reconnaît comme le chef de l'État officiel. La reconnaissance de tel ou tel gouvernement et de ses membres est la prérogative de l'exécutif, dont les tribunaux doivent suivre les avis » (renvoyant à *Lafontant v. Aristide*, op. cit., p. 131 à 134)]. Au Royaume-Uni, les tribunaux ont clairement affirmé leur respect des avis de l'exécutif (voir, par exemple, House of Lords, *Government of the Republic of Spain v. SS « Arantzazu Mendi »*, 1939, AC 256, p. 264 : « Notre État ne saurait tenir un double langage [sur la question de la reconnaissance d'un gouvernement étranger], la justice disant ceci, et l'exécutif cela ... Notre Souverain doit décider qui il entend reconnaître comme son égal souverain dans la famille des États, les relations de l'État étranger avec le nôtre en matière d'immunités d'État devant être dictées par cette seule décision »). Les tribunaux britanniques ont toutefois retenu également d'autres facteurs (y compris les pouvoirs exercés par l'individu ou la structure interne de l'État étranger concerné) pour statuer sur la question des immunités (voir *R (on the application of Diepneye Solomon Peter Alamieyeseigha) v. The Crown Prosecution Service*, arrêt mentionné au paragraphe 106 *supra*). Dans l'affaire *Pinochet* (n° 1), à l'occasion de laquelle le Secrétaire d'État n'avait présenté aucune attestation d'immunité, Lord Slynn of Hadley a conclu que, même si le général Pinochet n'avait pas été nommé dans le respect des prescriptions de la Constitution chilienne, il avait agi comme chef de l'État, ainsi qu'il ressort notamment du fait qu'il avait signé des lettres de créance présentées à la Reine par l'Ambassadeur du Chili auprès du Royaume-Uni (*Pinochet* (n° 1), p. 1305; les autres lords juristes en l'espèce se sont bornés à présumer qu'il était le chef de l'État du Chili pendant la période considérée; dans l'affaire *Pinochet* n° 3, les lords juristes n'ont pas examiné la question plus avant). Comme le fait remarquer Michel Cosnard, la thèse de Lord Slynn of Hadley impliquait que l'exercice effectif du pouvoir et la reconnaissance de facto de la qualité de chef de l'État du Chili du général Pinochet suffisaient pour considérer *prima facie* celui-ci comme bénéficiaire de l'immunité, indépendamment de toute considération relative à la légalité de son accession au pouvoir (Cosnard, op. cit. (1999) note 226, p. 313). Il convient de souligner que le Royaume-Uni est au nombre des États qui ont abandonné la pratique de la reconnaissance de gouvernements étrangers (voir la note suivante).

²⁷⁶ La reconnaissance pertinente aux fins d'une telle détermination de fait peut être expresse ou tacite. Il ressort de la jurisprudence sus-évoquée que les tribunaux accordent souvent un poids spécial à la pratique de leur gouvernement dans ses relations avec l'entité concernée (par exemple, celles du Gouvernement italien avec l'OLP dans l'affaire *Arafat* ou avec le Monténégro avant 2006 dans l'affaire *Djukanovic*) ou avec la personne traitée comme chef d'un État (ainsi, les relations entre le Gouvernement de la République fédérale d'Allemagne avec Honnecker en tant que chef de l'État de la République fédérale allemande). En ce qui concerne la reconnaissance expresse, la Cour de cassation italienne a déclaré expressément qu'une telle reconnaissance (même par le Gouvernement italien) n'était pas à ses yeux une condition nécessaire pour considérer telle entité comme un État souverain aux fins de l'immunité, mais elle a pris en considération les vues du Ministre italien des affaires étrangères sur la personnalité juridique internationale du Monténégro (affaire *Djukanovic*, op. cit. note 260). On retiendra qu'un certain nombre d'États (France, Belgique, Royaume-Uni, etc.) ont pour pratique de

l'obligation faite à tout État d'accorder l'immunité à un chef d'État étranger est subordonnée ou non à la reconnaissance de l'État ou du gouvernement concerné²⁷⁷. Soulevée à la session de Vancouver de l'Institut de droit international²⁷⁸, cette question a suscité un débat intéressant : plusieurs membres ont relevé l'importance de la reconnaissance aux fins de l'octroi de l'immunité, certains y voyant même une condition préalable à cette fin²⁷⁹. Toutefois, dans la résolution finale qu'il a adoptée, l'Institut limite le traitement de cette question à une clause de sauvegarde aux termes de laquelle la résolution « ne préjuge pas de l'effet de la reconnaissance ou de la non-reconnaissance d'un État ou d'un gouvernement étranger sur l'application de ses dispositions »²⁸⁰. Commentant cet article, le Rapporteur a douté sérieusement que la non-reconnaissance d'un État ou d'un gouvernement étranger exempterait l'État des obligations qui lui incombent en vertu du droit

reconnaître officiellement les nouveaux États, mais non les nouveaux gouvernements, de sorte que la justice ne peut prendre appui sur une reconnaissance expresse pour déterminer la qualité de chef d'État.

²⁷⁷ Certains auteurs répondent à cette question par l'affirmative, en invoquant les intérêts protégés; voir Watts, op. cit. note 58, p. 34; Zappalà, op. cit. note 214, p. 599 et 600 (« il existe une sorte de présomption selon laquelle les autres États sont censés accepter [le chef d'État] à titre de contrepartie dans les relations étrangères ... La reconnaissance, même implicite, remplit la même fonction que l'acceptation des lettres de créance dans le cas des agents diplomatiques »); Tunks, op. cit. note 226, p. 672 (« Lorsque deux gouvernements cessent de se reconnaître l'un l'autre, il n'y a plus lieu de promouvoir la diplomatie bilatérale entre eux, puisque les relations diplomatiques sont déjà complètement rompues. De même, il est inutile qu'un gouvernement prenne des mesures pour conforter l'égalité souveraine d'une entité à laquelle il ne reconnaît même pas la qualité d'État souverain en permettant à son dirigeant de se soustraire à la responsabilité à raison de ses actes personnels délictueux ou de crimes internationaux. En l'absence de relations diplomatiques effectives entre les États-Unis et un dirigeant étranger, les buts que sert l'immunité des chefs d'État n'apparaissent pas d'un poids suffisant face aux intérêts de la justice »). Pour une opinion contraire, selon laquelle l'obligation d'accorder l'immunité en droit international n'est pas subordonnée à la reconnaissance, voir *infra* la thèse défendue par le Rapporteur Verhoeven devant l'Institut.

²⁷⁸ Voir le point 2 du questionnaire distribué par le Rapporteur (voir Institut, *Annuaire*, op. cit. note 4, p. 452).

²⁷⁹ Lors du débat préliminaire au sein de la Treizième Commission, Salmon a souligné qu'un État pouvait juger inopportun de collaborer avec un président autoproclamé et, s'agissant de l'immunité, a soulevé la question de l'opposabilité à l'État d'un nouveau gouvernement (*ibid.*, p. 456). Fox et Sucharitkul ont fait valoir que la reconnaissance pouvait constituer un important élément dans la détermination du droit applicable au plan interne (*ibid.*, p. 459 et 470, respectivement). Tomuschat a observé que « nombre de pays subordonnent le respect de la souveraineté d'une entité étrangère à la reconnaissance officielle de l'État ou du gouvernement concerné. La solidarité et le respect internationaux ne sont assurément pas dus à un gouvernement avec lequel les relations diplomatiques n'ont jamais été établies ou ont été rompues », et « toute irrégularité entachant l'accession au pouvoir de la personne concernée mérite d'être soigneusement examinée » (*ibid.*, p. 477). Pour le résumé par le Rapporteur des débats à la Commission, voir *ibid.*, p. 484 et 485. Par la suite, Salmon a indiqué, au sein de la Commission, que « la reconnaissance de la qualité de chef d'État, celle de son État, voire celle du gouvernement dont il est en réalité le chef, sont évidemment préalables à tout octroi de privilèges et immunités à la personne qui prétend représenter cet État ou ce gouvernement » (*ibid.*, p. 555). Fox a fait observer que « la pratique récente qui tient compte de la légitimité d'un nouveau titulaire de la fonction et de la conformité aux exigences du "bon gouvernement" donne à penser que la reconnaissance joue un rôle plus important que celui que [le Rapporteur] lui [a] peut-être accord[é] » (*ibid.*, p. 579).

²⁸⁰ Art. 12. Cette disposition a été insérée dans le rapport final du Rapporteur, sur recommandation de Fox et Salmon (*ibid.*, p. 594).

international²⁸¹. On a également fait observer que la disposition avait sans doute créé une « échappatoire imprévue », puisqu'il semblerait qu'« un État, en se refusant à reconnaître à un chef ou à un gouvernement ces qualités respectives [puisse] aller à l'encontre de l'intention de la résolution »²⁸².

iv) *Non-pertinence de la présence sur le territoire de l'État du for*

110. L'immunité *ratione personae* de juridiction pénale étrangère est accordée à tout chef d'État en exercice qu'il ait été présent ou non sur le territoire de l'État du for²⁸³ ou, dans la première hypothèse, quelles qu'aient été les circonstances de sa visite (visite officielle, privée ou incognito)²⁸⁴. Cette solution pourrait se justifier

²⁸¹ Ibid., p. 594 (« Cela concerne tant les effets que le droit international attacherait à cette (non) reconnaissance que ceux qui lui seraient prêtés par un droit national. À cette occasion, divers effets ont été évoqués. La Commission n'a pas entendu en débattre. Cela dit, le Rapporteur doute sérieusement, sur le fond, qu'une telle (non) reconnaissance puisse jamais dispenser un État de respecter les obligations que lui impose le droit international, en cette matière comme ailleurs. »). Dans son rapport préliminaire, le Rapporteur a exposé ses vues sur l'éventuelle incidence d'irrégularités dans l'accession au pouvoir sur l'octroi de l'immunité :

« [i]l ne semble pas que la qualité de chef d'État puisse être internationalement contestée au seul motif qu'elle a été irrégulièrement acquise. Il faut certes souhaiter que les violations du droit soient, s'il y a lieu, dûment sanctionnées. Il est difficile néanmoins de s'en satisfaire pour dénier à des autorités qui exercent effectivement le pouvoir toute représentativité internationale. On peut juger opportun de les priver de toute immunité lorsqu'elles exercent le pouvoir ou y ont accédé dans des conditions incompatibles avec les exigences d'un "bon" gouvernement, ce que la pratique internationale ne semble cependant pas confirmer. Cela démontre que l'une des sanctions peut ou pourrait être le refus d'accorder au chef de l'État quelque statut privilégié que ce soit. Il n'en résulte pas que ne puisse pas être tenu pour le chef de l'État celui qui en exerce effectivement les fonctions, sauf à confondre les deux questions. A fortiori en va-t-il de même lorsque les "irrégularités" résultant de la méconnaissance de dispositions constitutionnelles ne s'accompagnent pas de la violation d'une règle de droit international ou ne sont pas constitutives d'une telle violation. On ne voit pas quel serait en pareille hypothèse le titre dont pourraient se prévaloir des États tiers pour sanctionner la violation d'un droit public étranger. » (Ibid., p. 499 et 500).

²⁸² Hazel Fox, « The Resolution of the Institute of International Law on the Immunities of Heads of State and Government », *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 51 (2002), p. 119 à 125 (p. 123).

²⁸³ C'est ainsi que dans les actions susmentionnées intentées contre Honecker devant la Cour suprême fédérale allemande et contre le colonel Kadhafi devant la Cour de cassation française, l'immunité a été accordée abstraction faite de la question de la présence sur le territoire de l'État du for (aucun de ces deux chefs d'État ne s'y trouvait). Watts fait observer, au sujet de l'immunité de poursuites reconnue aux chefs d'État que « l'on n'a guère eu tendance à fonder les différences de traitement" sur, entre autres choses, la présence ou non du chef d'État sur le territoire de l'État du for et que dans la pratique, les deux situations peuvent être envisagées ensemble (Watts, op. cit. note 58, p. 52).

²⁸⁴ Voir : *Ferdinand et Imelda Marcos c. Office fédéral de la police*, op. cit. note 206, p. 535 (l'immunité en vertu du droit international coutumier « est également reconnue au chef de l'État qui séjourne dans un État étranger à titre privé » (version anglaise, op. cit., p. 201) – cette affaire concernait toutefois un ancien chef d'État) ; *Tatchell v. Mugabe* (le premier juge de district a accordé à M. Mugabe l'immunité reconnue au chef de l'État sans égard aux circonstances de sa présence sur le territoire du Royaume-Uni). Tout en relevant que la condition du chef d'État en visite à l'étranger est, en droit international, « au mieux incertaine », Watts ne semble voir aucune différence en ce qui concerne l'immunité du chef de l'État (sans parler de son immunité de juridiction pénale étrangère) entre l'hypothèse où ledit chef d'État est en visite privée et celle où il n'est pas présent dans l'État du for (Watts, op. cit. note 58, p. 72 à

par les principes qui fondent classiquement l'immunité (l'exercice de toute juridiction, même *in absentia*, constituant l'affirmation de son impérium à l'égard d'un souverain étranger), mais pourrait aussi tirer fondement de la nécessité de permettre au chef d'État d'exercer effectivement ses fonctions, nécessité souvent regardée de nos jours comme fondant cette immunité, puisque le fait d'exercer sa juridiction à l'égard d'un chef d'État en visite officielle dans l'État du for fait directement obstacle à l'exercice de ses fonctions officielles à l'occasion de sa visite²⁸⁵. Or, quels que soient le lieu où se trouve le chef d'État ou les circonstances de sa visite, le risque même d'être arrêté et traduit devant un tribunal vient également entamer son aptitude à exercer ses fonctions de représentation en général et à entretenir les relations internationales de l'État, dans la mesure où il l'empêche de se déplacer en toute liberté²⁸⁶. S'il est vrai que le chef d'État en visite officielle bénéficie d'un certain nombre de facilités et de privilèges qui ne lui sont pas dus lors d'un séjour privé²⁸⁷, l'immunité *ratione personae* de juridiction pénale étrangère doit lui être accordée dans l'un et l'autre cas²⁸⁸.

74).

Le cas d'une visite incognito soulève une difficulté particulière, à savoir que les autorités de l'État du for pourraient ne pas avoir connaissance de la qualité de chef d'État de l'intéressé. Cette difficulté est levée par l'article 6 de la résolution de l'Institut, qui dispose que ces autorités ont l'obligation d'accorder au chef d'État étranger l'inviolabilité et l'immunité de juridiction « dès l'instant où sa qualité [leur] est connue ». Pour une application de ce principe, voir *Mighell v. The Sultan of Johore* (l'immunité en qualité de chef d'État a été accordée au sultan qui faisait l'objet de poursuites dès qu'il eut fait connaître sa véritable identité), cité par Watts, op. cit. note 58, p. 75.

²⁸⁵ Voir, par exemple, Watts, op. cit. note 58, p. 53.

²⁸⁶ Voir, par exemple, Verhoeven, qui affirme qu'accorder l'immunité au chef de l'État quelles que soient les circonstances de son séjour sur le territoire de l'État du for « est conforme à la justification fonctionnelle de ce statut », précisant que « [d]ès l'instant que l'exercice de ses fonctions (internationales) peut être compromis par les interventions des autorités du for, on ne voit pas pourquoi il ne bénéficierait pas des mêmes immunités qu'en cas de visite "officielle" ». (« Rapport provisoire », op. cit. note 207, p. 535). Et d'ajouter : « Il n'y a pas de raison dès lors de limiter les immunités reconnues au chef d'un État étranger lorsqu'il n'est pas en visite "officielle", même s'il se comprend que certaines dispositions strictement protocolaires ne soient pas applicables en pareille hypothèse » (ibid., p. 536). Voir aussi Watts, op. cit. note 58, p. 73, (« Le caractère généralement représentatif du chef d'État signifie qu'à tout instant, il représente dans une certaine mesure l'État dont il est le chef ... même lorsqu'il est en visite privée à l'étranger, les affaires de l'État peuvent exiger que les autorités nationales soient à même de communiquer promptement et librement avec lui »); Zappalà, op. cit. note 214, p. 598 (l'immunité *ratione personae* pendant une mission officielle garantit l'objet de la mission et l'accomplissement des tâches particulières qu'elle comporte, tandis que lors d'une visite privée, elle vise à protéger l'intérêt général de l'État qui est représenté).

²⁸⁷ Comme le fait observer Watts, toutefois, même en cas de visite privée, « il est permis d'attendre de l'État où s'effectue la visite qu'il fasse bénéficier le chef d'État en visite de marques cérémonielles de courtoisie et de mesures spéciales de protection, une entente – voire un accord – pouvant être conclu à cet effet par la voie diplomatique » (Watts, op. cit. note 58, p. 73).

²⁸⁸ Sur le débat concernant le point de savoir si, dans le cas de poursuites pénales du chef de crimes internationaux, il y a lieu de rejeter l'exception alléguée à l'immunité *ratione personae* (et de maintenir l'immunité) lorsque le chef d'État est en visite officielle, voir *infra* la section A.3.

v) *Chef d'État en mission spéciale*

111. La situation du chef d'État à la tête d'une mission spéciale est expressément envisagée dans la Convention sur les missions spéciales du 8 décembre 1969 dont le paragraphe 1 de l'article 21 dispose ce qui suit :

« Le chef de l'État d'envoi, quand il se trouve à la tête d'une mission spéciale, jouit, dans l'État de réception ou dans un État tiers, des facilités, privilèges et immunités reconnus par le droit international aux chefs d'État en visite officielle. »

Dans son commentaire relatif au projet d'article correspondant, la Commission a dit avoir envisagé de consacrer dans le projet de convention des dispositions spéciales aux missions dites « à un niveau élevé », mais avoir conclu après une étude approfondie, que le rang du chef ou des membres d'une mission spéciale n'attribuait à celle-ci aucun statut particulier²⁸⁹. Elle a toutefois observé qu'« en droit international [...] le rang peut conférer à celui qui en est le titulaire des facilités, privilèges et immunités exceptionnels, qu'il garde lorsqu'il devient membre d'une mission spéciale »²⁹⁰. En conséquence, la disposition venait préciser que le chef de l'État d'envoi, quand il se trouve à la tête d'une mission spéciale, jouit, en plus de ce qui est accordé par les autres articles du projet (y compris l'immunité de juridiction pénale), des facilités, privilèges et immunités reconnus par le droit international aux chefs d'État en visite officielle²⁹¹. Ces facilités, privilèges et immunités additionnels ne sont toutefois définis ni dans la Convention, ni dans le commentaire de la Commission. Dans certains cas, le chef d'État en visite officielle peut jouir aussi de privilèges et d'immunités en vertu de règles spéciales du droit international (y compris les règles conventionnelles), telles que celles qui s'appliquent aux représentants d'États qui assistent à des conférences internationales ou mènent des activités officielles au siège d'une organisation internationale : il résulte de la jurisprudence qu'en pareilles circonstances, les tribunaux internes tiennent compte de ces privilèges et immunités, en plus de ceux que le chef d'État tire du droit international général et des règles internes applicables²⁹².

²⁸⁹ Par. 1) du commentaire relatif au projet d'article 21 dans *Annuaire...*, 1967, vol. II, p. 395 et 396. À sa seizième session, la Commission avait décidé d'inviter son Rapporteur spécial à soumettre des articles relatifs à la condition juridique des missions dites « à un niveau élevé ». Dans son deuxième rapport, le Rapporteur spécial, Milan Bartoš, a informé la Commission qu'il n'avait pas réussi à découvrir de règles spécialement applicables aux missions de ce genre ni dans la pratique ni dans la doctrine. Il a proposé un ensemble de règles contenant des références expresses à l'« immunité totale » de juridiction des chefs d'État, chefs de gouvernement, ministres des affaires étrangères, ministres et membres du Cabinet qui se trouvent à la tête d'une mission spéciale (voir le document A/CN.4/179 dans *Annuaire ... 1965*, vol. II, p. 152 à 154). Les États ont été invités à faire connaître leurs observations, et de celles-ci, le Rapporteur spécial a conclu que les États n'avaient encouragé en rien à inclure de telles dispositions dans le projet (voir Troisième rapport, par Milan Bartoš, Rapporteur spécial (A/CN.4/189 et Add.1 et 2), dans *Annuaire...* 1966, vol. II, par. 135 à 182.

²⁹⁰ *Annuaire...* 1967, vol. II, p. 395 et 396 (par. 1) du commentaire relatif au projet d'article 21).

²⁹¹ *Ibid.*, (par. 2) du commentaire relatif à l'article 21. Aux termes de la Convention, les représentants de l'État d'envoi dans la mission spéciale jouissent, entre autres, de l'immunité de la juridiction pénale de l'État de réception (art. 31, inspiré de l'article 31 de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques (voir le commentaire de la Commission relatif au projet d'article correspondant dans *Annuaire...* 1967, vol. II, p. 399).

²⁹² Ainsi, dans l'affaire *Tachiona v. Mugabe*, le Département d'État a déposé une déclaration d'immunité en faveur, notamment, du Président Mugabe, en invoquant à la fois l'immunité

vi) *Chef d'État en exil*

112. Il ressort de la pratique des États que le chef d'État en exil se voit accorder l'immunité *ratione personae* dans le pays où il a trouvé refuge. Ainsi, les tribunaux britanniques ont reconnu l'immunité totale, sur la base de la *common law* et du droit international coutumier, de chefs d'État étrangers (tels que le président polonais ou le roi de Norvège) résidant à Londres durant l'occupation de leur pays lors de la seconde guerre mondiale²⁹³. Plus récemment, on l'a vu, l'immunité a été accordée au Président Aristide à l'occasion d'une action au civil intentée contre lui alors qu'il vivait aux États-Unis à la suite du coup d'État qui l'avait déposé à Haïti²⁹⁴. L'immunité *ratione personae* du chef d'État en exil est également consacrée par la doctrine²⁹⁵.

113. Déterminer l'existence de cette qualité n'est toutefois pas sans soulever des difficultés. En théorie, cette catégorie bien définie comprend les chefs d'État contraints de quitter leur pays, en raison soit d'une occupation belligérante soit de troubles ou d'un soulèvement internes, mais regardés comme conservant cette qualité. La question se pose néanmoins de savoir si l'exil doit être assimilé à la perte des fonctions, auquel cas l'intéressé ne bénéficierait que de la seule immunité *ratione personae* propre aux anciens chefs d'État²⁹⁶. La doctrine s'attache donc au caractère temporaire de l'exil, qui révélerait si l'intéressé conserve sa qualité de

reconnue aux chefs d'État et l'immunité diplomatique résultant de la section 11 de l'article IV de la Convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies et de l'article 31 de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, eu égard au fait que l'intéressé était présent sur le territoire des États-Unis en qualité de représentant du Gouvernement zimbabwéen au Sommet du Millénaire des Nations Unies au moment où son inculpation lui avait été signifiée (*Tachiona v. Mugabe*, p. 267 et 268). Ayant examiné et accepté, le droit de M. Mugabe à l'immunité reconnue aux chefs d'État (ayant jugé la déclaration d'immunité décisive sur ce point), le tribunal s'est intéressé à la question de l'immunité diplomatique de M. Mugabe, invoquée par le Département d'État, et a accepté aussi son immunité de ce chef (*ibid.*, p. 297 à 302). Voir aussi États-Unis, *Kadic v. Karadzic*, p. 246 à 248 (le tribunal, ayant rejeté la revendication d'immunité de Karadzic, qui arguait de sa qualité d'invité de l'Organisation des Nations Unies en vertu de l'Accord de Siège des Nations Unies et du droit commun fédéral, a aussi exclu de lui accorder l'immunité reconnue aux chefs d'État).

²⁹³ Voir, par exemple, François de Kerchove d'Exaëdre, « Quelques questions en droit international public relatives à la présence et à l'activité du Gouvernement belge en exil à Londres (octobre 1940-septembre 1944) », *Revue belge de droit international*, vol. 23 (1990), p. 123. La loi sur les privilèges diplomatiques (*Extension Act*) du 6 mars 1941 avait étendu les privilèges diplomatiques aux membres des gouvernements en exil, mais ne s'appliquait pas aux chefs d'État, protégés par la *common law* (pour le texte de cette loi, voir *ibid.*, annexe I, p. 144 et 145).

²⁹⁴ Voir *Lafontant v. Aristide*; comme indiqué *supra* au paragraphe 108, le tribunal a accordé l'immunité sur la fin d'une déclaration d'immunité déposée par le Département d'État en l'espèce, et compte tenu de ce que les États-Unis reconnaissaient Aristide comme le chef d'État légitime d'Haïti même après le coup d'État.

²⁹⁵ Stefan Talmon, *Recognition of Governments in International Law: With Particular Reference to Governments in Exile* (Oxford, Clarendon Press, Oxford, 1998), p. 259 à 261; Philippe Cahier, *Le droit diplomatique contemporain* (Paris, Droz, 1962), p. 343; Verhoeven, « Rapport provisoire », *op. cit.*, p. 542 et 543; Watts, *op. cit.* note 58, p. 85 et 86.

²⁹⁶ Verhoeven, « Rapport provisoire », p. 542. Voir aussi Watts, p. 87. Ce dernier auteur retient une autre catégorie, celle des « prétendants », à savoir les descendants d'un ancien monarque qui n'ont jamais exercé le pouvoir eux-mêmes, mais continuent de revendiquer le trône : il fait observer que ces individus n'ont droit à aucun traitement spécial en droit international et doivent être considérés comme des personnes privées (*ibid.*, p. 87).

chef d'État ou non, mais même cette détermination est sujette à interprétation selon les circonstances de l'espèce²⁹⁷. Aussi, le fait que le pouvoir exécutif de l'État du for reconnaisse (de façon formelle ou tacite) que l'individu continue d'être considéré comme le chef d'un État étranger apparaît jouer un rôle particulièrement déterminant²⁹⁸. On a cependant fait savoir qu'une telle détermination, qui peut être influencée par des motifs politiques, ne lierait que les autorités qui l'ont faite. Selon cette thèse, l'octroi de l'immunité à un chef d'État en exil par les autorités nationales doit être regardé comme « un régime essentiellement bilatéral, qui se rapproche d'un statut de courtoisie, ni l'un ni l'autre n'engageant en principe les tiers », et être par conséquent distingué du traitement accordé par le droit international général au chef d'État dont le pouvoir est pleinement effectif²⁹⁹.

vii) *Membres de la famille et membres de l'entourage*

114. La question de l'octroi, en droit international, de l'immunité *ratione personae*, aux membres de la famille du chef d'État et aux membres de son entourage demeure incertaine³⁰⁰. Cette immunité est consacrée dans les lois internes qui mentionnent expressément l'immunité reconnue aux chefs d'État, mais celles-ci déterminent les bénéficiaires différemment les unes des autres : le paragraphe 1 de l'article 20 du *State Immunity Act* du Royaume-Uni dispose que l'immunité est accordée aux « membres de [la] famille [du chef d'État] qui font partie de son ménage » et à ses « domestiques privés »; le paragraphe 1 de l'article 36 du *Foreign States Immunities Act* de l'Australie limite cette immunité au « conjoint du chef d'un État étranger »³⁰¹. La jurisprudence interne (essentiellement civile³⁰²) est limitée et

²⁹⁷ Voir, en particulier, Verhoeven, « Rapport provisoire », p. 542 et 543; et Watts, *ibid.* (1994), p. 85 et 87. Au cours du débat à la Treizième Commission de l'Institut, Salmon a fait remarquer que « le caractère de ce statut n'est pas nécessairement "provisoire". Lorsque son octroi est fondé sur une illégalité internationale (occupation illégale par exemple), il est justifié qu'il perdure tant que dure la situation illégale qui le justifie. Si l'octroi est fondé sur des convictions idéologiques quant à la légitimité du pouvoir qui a contraint le chef d'État à l'exil, le statut durera tant que l'État d'accueil persistera dans son refus de reconnaître le nouveau régime » (Institut, *Annuaire*, op. cit. note 4, p. 577).

²⁹⁸ Voir, en particulier, Verhoeven, « Rapport provisoire », *ibid.*, p. 542 et 543, ainsi que l'intervention de Salmon, p. 577. Voir aussi Watts, p. 85 à 87.

²⁹⁹ Verhoeven, « Rapport provisoire », *ibid.*, p. 543.

³⁰⁰ Verhoeven (« Rapport provisoire », op. cit. note 207, p. 530) et Watts (op. cit. note 58, p. 76) soulignent tous deux cette incertitude dans leur examen de cette question. Des auteurs plus anciens reconnaissent toutefois les immunités de la juridiction locale dans le cas des souverains et de leur suite; voir Hall, op. cit. note 1, par. 48; T.J. Lawrence, *The Principles of International Law*, revu par Percy H. Winfield (7^e éd., Londres, MacMillan *et al.*, 1924), par. 105 : « Tous membres de sa suite impliqués dans une affaire grave et urgente doivent être renvoyés dans leur pays pour y être jugés ».

³⁰¹ Comme indiqué *supra*, ces deux dispositions reposent sur une extension, avec telles modifications qu'il y aurait lieu, des immunités accordées au chef d'une mission diplomatique. Il convient à cet égard de rappeler qu'aux termes du paragraphe 1 de l'article 37 de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, les « membres de la famille de l'agent diplomatique qui font partie de son ménage » [...] « pourvu qu'ils ne soient pas ressortissants de l'État accréditaire » [...] « bénéficient des privilèges et immunités » accordés à ces derniers, y compris l'immunité de juridiction pénale au titre du paragraphe 1 de l'article 31.

³⁰² Le problème soulevé pour le recours à la jurisprudence civile à l'occasion de la présente étude a été évoqué *supra* en termes généraux. Si la jurisprudence civile peut aider à comprendre la portée possible de l'immunité accordée aux membres de la famille et de la suite du chef d'État (et est, de ce fait, citée ci-après), on retiendra qu'elle ne peut être tenue pour décisive s'agissant

demeure hésitante, d'une part, parce que les tribunaux de différents États du for ont adopté des solutions divergentes en la matière et, d'autre part, parce que les membres de la famille concernés étaient souvent eux-mêmes investis d'une qualité officielle. C'est ainsi qu'un tribunal fédéral suisse a accordé l'immunité à Imelda Marcos, épouse de l'ancien président des Philippines, en ces termes :

« le droit international coutumier a de tous temps reconnu aux chefs d'État – ainsi qu'aux membres de leur famille et à leur suite lorsqu'ils séjournent dans un État étranger – les privilèges de l'inviolabilité personnelle et de l'immunité de juridiction pénale [...]. Cette immunité de juridiction est également reconnue au chef d'État qui séjourne dans un État étranger à titre privé et s'étend, dans ces circonstances, aux membres les plus proches de sa famille qui l'accompagnent, ainsi qu'aux membres de sa suite ayant un rang élevé »³⁰³ [Traduction du Secrétariat].

115. En 1945, une haute juridiction indienne a refusé l'immunité fiscale aux Indes britanniques à l'épouse du dirigeant de l'État de Kalsia, au motif qu'elle ne pouvait « étendre à l'épouse de tout dirigeant d'un État indien la reconnaissance de la souveraineté de son mari au plein sens de la personnalité internationale consacrée par le droit international public », laissant présumer par là qu'elle aurait conclu différemment si l'intéressée avait été mariée à un chef d'État étranger³⁰⁴. À l'occasion d'une action en indemnisation pour expropriation, le Tribunal civil de Bruxelles a conclu que ni l'épouse décédée du Président du Zaïre ni ses enfants n'avaient droit à l'immunité, faisant observer que, s'agissant de ces derniers, les enfants étaient « majeurs » et devaient donc être considérés comme « des personnes distinctes de leur père »³⁰⁵. Dans une affaire de demande en reconnaissance de paternité, la Cour suprême autrichienne a confirmé les conclusions de juridictions inférieures selon lesquelles si le chef d'État en exercice du Liechtenstein pouvait prétendre à l'immunité, tel n'était pas le cas de sa sœur et de ses deux frères, du fait que ceux-ci ne pouvaient plus être considérés comme « les membres les plus proches de la famille du chef d'État faisant partie de son ménage » auxquels le droit

de l'immunité de juridiction *pénale*, surtout si l'ont retient une justification fonctionnelle de celle-ci. S'agissant de déterminer si cette immunité est accordée en droit international, on tiendra peut-être compte du fait que, contrairement à l'action civile, des poursuites au pénal peuvent aboutir à des sanctions privatives de liberté pour les membres de la famille et influencer ainsi gravement sur l'aptitude du chef d'État à s'acquitter de ses fonctions en toute indépendance.

³⁰³ *Ferdinand et Imelda Marcos c. Office fédéral de la police*, op. cit. note 206, p. 535 (version anglaise, op. cit., p. 201). Il convient toutefois de noter que M^{me} Marcos avait également exercé des fonctions officielles au sein du Gouvernement philippin (comme Ministre des affaires sociales et Gouverneur du district métropolitain de Manille). Dans son arrêt, le Tribunal fédéral désigne parfois les requérants comme les « anciens dirigeants d'un État étranger » et les Philippines comme « l'État qu'ils ont gouverné ».

³⁰⁴ Cour suprême d'Allahabad, *Rani Amrit Kunwar v. Commissioner of Income Tax*, 31 décembre 1945, *International Law Reports*, vol. 22, p. 73 à 75. Dans son opinion individuelle, le juge Malik a cité le traité d'Oppenheim, *International Law*, où il est dit que « l'épouse d'un souverain doit de même se voir garantir l'extraterritorialité, ce qui n'est pas le cas des autres membres de la famille d'un souverain », mais a préféré le point de vue de Bluntschli selon lequel l'épouse d'un souverain ne bénéficierait pas d'un tel traitement en droit international (ibid., p. 75).

³⁰⁵ Tribunal civil de Bruxelles (saisies), *Mobutu c. S.A. Cotoni*, *Jurisprudence de Liège, Mons et Bruxelles (JLMb)* 1989, p. 169. (l'une des filles de Mobutu étant mineure, le Tribunal a jugé la saisie licite vis-à-vis de l'administrateur représentant ses intérêts).

international coutumier reconnaît l'immunité³⁰⁶. Dans des affaires intéressant des membres de la famille de chefs d'État, les tribunaux des États-Unis se sont, ici encore, souvent conformés à l'avis de l'exécutif. Ainsi, un tribunal américain a rejeté en 1988 une demande d'indemnisation pour enlèvement et séquestration contre l'épouse du Président du Mexique sur la foi d'une déclaration d'immunité, faisant observer qu'« en vertu des principes généraux du droit international, les chefs d'État et les membres les plus proches de leur famille jouissent de l'immunité de poursuites »³⁰⁷. Comme indiqué *supra*, en l'absence de toute déclaration de l'exécutif dans une action civile, l'immunité a été refusée au petit-fils du dirigeant d'Abou Dhabi et au premier-né du Prince héritier de l'émirat³⁰⁸. Un tribunal de district a également rejeté une action contre le Prince de Galles à la suite d'une déclaration d'immunité au motif, d'une part, qu'il était l'héritier présomptif du trône et un membre de la « famille et ménage immédiats » de la Reine du Royaume-Uni et, d'autre part, que lors de la visite au cours de laquelle les faits s'étaient produits, il devait être considéré comme un envoyé diplomatique officiel en mission diplomatique spéciale aux États-Unis³⁰⁹. La doctrine semble elle aussi divisée sur cette question³¹⁰.

116. L'immunité des membres de la famille et de l'entourage du chef d'État se justifierait moins dans une conception fonctionnelle de l'immunité du chef d'État, tout en restant motivée par la nécessité de préserver l'indépendance de ce dernier³¹¹. Quoi qu'il en soit, il ressort des éléments de la pratique des États exposés *supra* (ainsi que par analogie de la situation des chefs de mission diplomatique) que seuls les membres les plus proches de la famille du chef de l'État qui font partie de son ménage pourraient prétendre à cette immunité (on est même allé jusqu'à dire que seule l'épouse pourrait y prétendre)³¹². Toutefois, vu le

³⁰⁶ Cour suprême, affaire *W. c. Prince du Liechtenstein*, arrêt du 14 février 2001, 7 Ob 316/00x, par. 11. L'arrêt vise en particulier l'article 37 de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques.

³⁰⁷ *Kline v. Kaneko*, note 218, p. 788.

³⁰⁸ *Jungquist v. Sheikh Sultan Bin Khalifa al Nahyan*, op. cit. note 273, p. 531.

³⁰⁹ Tribunal du district nord de l'Ohio (Division est), *Kilroy v. Windsor*, Civ. n° C-78-291 (1978). Les arguments évoqués ici étaient exposés dans une lettre du Conseiller juridique du Département d'État à l'Attorney-General priant le Ministère de la justice de déposer une déclaration d'immunité au sujet du Prince (*International Law Reports*, vol. 81, p. 605).

³¹⁰ Voir, parmi les tenants de l'immunité des membres de la famille : *Oppenheim's International Law*, H. Lauterpacht (dir. publ.), 8^e éd. (Londres, Longmans, Green & Co., 1955), par. 349 (immunité accordée seulement à l'épouse du souverain); Watts, op. cit., p. 76 (mais voir aussi *ibid.*, p. 80 et 81, où l'auteur doute que les membres de la famille puissent prétendre à des privilèges et immunités lorsqu'ils effectuent une visite privée à l'étranger, sans accompagner le chef d'État); Cahier, op. cit. note 295, p. 337; F. Desk, in M. Sørensen (dir. publ.), *Manual of Public International Law* (New York, St. Martin's Press, 1968), p. 387; Mallory, op. cit., p. 188; Mitchell, op. cit., p. 230 et 231. Voir, parmi les tenants de la thèse contraire : Catherine Kessedjian, « Immunités », *Répertoire international*, 2^e éd. (1998), n° 46; Verhoeven, « Rapport provisoire », op. cit., p. 550; Fox, op. cit. (2002) note 282, p. 120 (commentant la résolution de l'Institut citée *infra*).

³¹¹ Verhoeven, « Rapport provisoire », op. cit. note 207, p. 531, citant Cahier, op. cit. note 295, p. 437.

³¹² Voir Watts, op. cit. note 58, p. 77 et 78, qui fait observer que l'expression « personne faisant partie du "ménage" » d'une autre personne n'a pas le même sens selon qu'il s'agit des membres de la famille du chef de l'État ou des membres de la famille d'un ambassadeur. Dans les circonstances d'une mission diplomatique, on peut penser que l'appartenance au ménage d'un ambassadeur implique une certaine dépendance à l'égard de celui-ci, et le fait de vivre sous le

caractère fragmentaire de cette pratique, on a fait valoir à juste titre que les privilèges et immunités accordés aux membres de la famille du chef de l'État par courtoisie internationale plutôt qu'en vertu du droit international établi. Telle était en effet la thèse défendue par le Rapporteur spécial sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens³¹³ et l'Institut, dont la résolution relative aux immunités de juridiction et d'exécution des chefs d'État et de gouvernement en droit international dispose ce qui suit :

« Les membres de la famille ou de la suite d'un chef d'État ne bénéficient, sauf à titre de courtoisie, d'aucune immunité devant les autorités d'un autre État, ce qui ne préjuge pas du statut privilégié qui peut leur être reconnu à un autre titre, notamment celui de membre d'une mission spéciale, lorsqu'ils accompagnent ce chef d'État dans un déplacement à l'étranger. »³¹⁴.

117. Aux termes de l'article 39 de la Convention de 1969 sur les missions spéciales, les membres des familles des représentants de l'État d'envoi dans la mission spéciale (y compris le chef de l'État dans le cas prévu au paragraphe 1 de l'article 21), bénéficient des privilèges et immunités mentionnés dans la Convention, y compris l'immunité de juridiction pénale étrangère prévue au paragraphe 1 de l'article 31, s'ils accompagnent ces membres de la mission spéciale et pourvu qu'ils ne soient pas ressortissants de l'État de réception ou n'y aient pas leur résidence permanente³¹⁵.

b) Chefs de gouvernement et ministres des affaires étrangères

118. Dans son jugement en l'affaire du *Mandat d'arrêt*, la Cour internationale de Justice s'est résolument prononcée en faveur de l'immunité *ratione personae* du chef de gouvernement et du ministre des affaires étrangères en ces termes :

« 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 pénales »³¹⁶.

même toit que lui. Mais il peut en aller tout différemment du chef de l'État; le ménage du monarque peut fort bien être considéré comme composé de membres adultes du premier cercle de la famille royale qui, bien que vivant dans un bâtiment distinct de la résidence du monarque, n'en partagent et facilitent pas moins l'exercice de certaines fonctions constitutionnelles et de représentation royales. Voir toutefois les conclusions de la Cour suprême autrichienne dans l'affaire W. c. Prince du Liechtenstein évoquée au paragraphe 15.

³¹³ Voir le rapport préliminaire de Motoo Ogiso, Rapporteur spécial (A/C.4/415 et Corr.1, par. 49, dans *Annuaire ... 1988*, vol. II (première partie), p. 106. Voir aussi le commentaire de la Commission dans *Annuaire ... 1989*, vol. II (deuxième partie), p. 113, par. 446. Pour le débat au sein de la Commission, voir *supra* partie I, section C.2.

³¹⁴ Article 5 de la résolution de l'Institut.

³¹⁵ Comme la Commission s'en est expliquée dans son commentaire relatif au projet d'article correspondant, cette disposition se fonde sur le paragraphe 1 de l'article 37 de la Convention de Vienne de 1961 sur les relations diplomatiques, mais omet les mots « qui font partie de son ménage », la Commission ayant « estimé qu'en raison des caractéristiques des missions spéciales, il devrait être possible pour leurs membres de se faire accompagner par des personnes de leur famille qui ne font pas normalement partie de leur ménage » (*ibid.*, p. 401).

³¹⁶ *Mandat d'arrêt ...*, par. 51.

119. Dans ladite espèce, si elle a estimé que des enseignements utiles pouvaient être tirés de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques et de la Convention sur les missions spéciales (dont les dispositions avaient été invoquées par les parties à la procédure) sur tel ou tel aspect de la question des immunités, la Cour a fait observer que ces conventions ne contenaient aucune disposition fixant de manière précise les immunités dont jouissait un ministre des affaires étrangères, de sorte qu'elle devait donc trancher cette question sur la base du droit international coutumier³¹⁷. L'argumentation de la Cour sur ce point mérite d'être intégralement citée :

« En droit international coutumier, les immunités reconnues au ministre des affaires étrangères ne lui sont pas accordées pour son avantage personnel, mais pour lui permettre de s'acquitter librement de ses fonctions pour le compte de l'État qu'il représente. Afin de déterminer l'étendue de ces immunités, la Cour devra donc d'abord examiner la nature des fonctions exercées par un ministre des affaires étrangères. Celui-ci assure la direction de l'action diplomatique de son gouvernement et le représente généralement dans les négociations internationales et les réunions intergouvernementales. Les ambassadeurs et autres agents diplomatiques sont appelés à exercer leurs fonctions sous son autorité. Ses actes sont susceptibles de lier l'État qu'il représente, et un ministre des affaires étrangères est considéré, au titre des fonctions qui sont les siennes, comme doté des pleins pouvoirs pour agir au nom de l'État (voir par exemple l'alinéa a) du paragraphe 2 de l'article 7 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités). Dans l'exercice de ses fonctions, il est fréquemment appelé à se déplacer à l'étranger et doit dès lors être en mesure de le faire librement dès que la nécessité s'en fait sentir. Il doit également demeurer en liaison constante avec son gouvernement ainsi qu'avec les missions diplomatiques que celui-ci entretient dans le monde entier, et pouvoir à tout moment communiquer avec les représentants d'autres États. La Cour fait en outre observer qu'un ministre des affaires étrangères, responsable de la conduite des relations de son État avec tous les autres États, occupe une position qui fait qu'à l'instar du chef de l'État et du chef du gouvernement il se voit reconnaître par le droit international la qualité de représenter son État du seul fait de l'exercice de sa fonction. Il n'a pas à présenter de lettres de créance : tout au contraire, c'est généralement lui qui décide des pouvoirs à conférer aux agents diplomatiques et qui contresigne leurs lettres de créance. Enfin, c'est auprès du ministère des affaires étrangères que les chargés d'affaires sont accrédités.

La Cour en conclut que les fonctions d'un ministre des affaires étrangères sont telles que, pour toute la durée de sa charge, il bénéficie d'une immunité de juridiction pénale et d'une inviolabilité 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 »³¹⁸.

120. Autrement dit, la Cour a retenu la justification fonctionnelle de l'immunité *ratione personae* reconnue au ministre des affaires étrangères : vu les fonctions diplomatiques et de représentation de ce dernier, attributions qui lui sont reconnues en droit international du seul fait de sa qualité, la Cour a estimé qu'il était souvent

³¹⁷ Ibid., par. 52.

³¹⁸ Ibid., par. 53 et 54.

appelé à se déplacer à l'étranger et devait à tout moment pouvoir communiquer et avec son gouvernement et avec les représentants d'autres États.

121. Les conclusions de la Cour, qui constituent une évaluation faisant autorité de l'état du droit international coutumier en ce qui concerne l'immunité *ratione personae* du ministre des affaires étrangères, pourraient justifier, *mutatis mutandis*, l'immunité du chef du gouvernement en exercice. Elles ont en effet été reprises dans la jurisprudence interne. La Cour de cassation belge a notamment rejeté une plainte pénale contre M. Sharon, Premier Ministre israélien en exercice, au motif qu'il jouissait d'une immunité de juridiction pénale devant les tribunaux belges³¹⁹.

122. Il faut néanmoins souligner que bien avant l'arrêt de la Cour internationale de Justice, d'aucuns s'étaient demandé si les immunités généralement reconnues au chef de l'État pouvaient être étendues au chef de gouvernement et au ministre des affaires étrangères. Certains juges se sont fait l'écho de ces interrogations dans les opinions qu'ils ont jointes à l'arrêt relatif au *Mandat d'arrêt*³²⁰. Ainsi, dans leur opinion individuelle commune, les juges Higgins, Kooijmans et Buergenthal ont relevé que, classiquement, l'immunité du chef de l'État reposait sur son statut, vu qu'il était regardé comme personnifiant l'État souverain³²¹, et n'ont pas trouvé « de fondement à l'argument selon lequel les ministres des affaires étrangères ont droit aux mêmes immunités que les chefs d'État »³²². Évoquant les travaux de la Commission et de l'Institut de droit international, ces juges ont convenu avec la Cour que « l'objet des immunités accordées aux ministres des affaires étrangères en droit international coutumier est de leur permettre de s'acquitter librement de leurs fonctions pour le compte des États qu'ils représentent », mais ont estimé que le ministre des affaires étrangères n'aurait droit à la pleine immunité que « durant les visites officielles qu'il fait dans l'exercice de ses fonctions » ou « à chaque fois qu'il exerce les fonctions requises par sa charge et en quelque lieu qu'il les exerce, et lorsqu'il est en transit pour ce faire »³²³. Les juges, ayant toutefois constaté que « [l]a réponse aux questions de savoir s'il a aussi droit à des immunités durant ses voyages privés, et quelle est l'étendue de ces immunités éventuelles, [était] beaucoup moins claire » et ont conclu qu'« il ne [pouvait] pas être assujéti à des

³¹⁹ Cour de cassation, *H.S.A. et consorts c. S.A. et consorts*, Décision relative à la mise en accusation d'Ariel Sharon, Amos Yaron et consorts, n° P.02.1139.f, 12 février 2003, *International Legal Materials*, vol. 42, n° 3 (2003), p. 601 à 605 (version originale française). S'il est vrai que les autorités belges se trouvaient dans une situation particulière, dans la mesure où l'arrêt *Mandat d'arrêt* était obligatoire pour la Belgique en vertu de l'article 59 du Statut de la Cour c'est un principe plus étendu qui a en fait été appliqué dans cette espèce, dès lors qu'elle portait sur l'immunité de juridiction pénale d'un chef de gouvernement. En l'espèce, la Cour de cassation n'a nullement fait référence à l'arrêt de la Cour internationale de Justice.

³²⁰ Certains auteurs ont aussi critiqué l'arrêt de la Cour sur ce point; voir : Maurice Kamto, « Une troublante "Immunité totale" du ministre des affaires étrangères », *Revue belge de droit international*, vol. 35 (2002), p. 519 à 523; Jean Salmon, « Libres propos sur l'arrêt de la C.I.J. du 14 février 2002 dans l'affaire relative au mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (*R.D.C. c. Belgique*) », *Revue belge de droit international*, vol. 35 (2002), p. 513; Jan Wouters, « The Judgment of the International Court of Justice in the *Arrest Warrant* case: Some Critical Remarks », *Leiden Journal of International Law*, vol. 16 (2003), p. 256 à 258.

³²¹ Opinion individuelle commune des juges Higgins, Kooijmans et Buergenthal, par. 80.

³²² Ibid., par. 81.

³²³ Ibid., par. 83. Comme les juges l'ont relevé, cette réalité a aussi été reconnue par le juge d'instruction belge dans le mandat d'arrêt du 11 avril 2000, objet du différend.

mesures qui l'empêcheraient d'exercer efficacement les fonctions d'un ministre des affaires étrangères », telles que la détention ou l'arrestation³²⁴.

123. Dans son opinion dissidente, le juge Al-Khasawneh a estimé qu'en ce qui concerne l'immunité de juridiction pénale, la situation du ministre des affaires étrangères était « loin d'être claire » en raison notamment de « l'absence totale de jurisprudence »³²⁵, et qu'elle ne pouvait être assimilée ni à l'immunité des représentants diplomatiques (laquelle est suspendue au pouvoir discrétionnaire de l'État d'accueil en matière d'accréditation)³²⁶ ni à celle du chef d'État (regardé comme personnifiant l'État)³²⁷. Pour le juge Al-Khasawneh,

« [u]n ministre des affaires étrangères a droit à l'immunité d'exécution lorsqu'il est en mission officielle car autrement la diplomatie ne pourrait être conduite sans entrave, mais on ne peut guère considérer, quels que soient les critères objectifs que l'on applique, que l'ouverture d'une enquête pénale à son encontre constitue une entrave à la conduite de la diplomatie »³²⁸.

124. La juge ad hoc M^{me} van den Wyngaert a conclu dans le même sens dans son opinion dissidente, faisant valoir que « rien ne vient étayer » la thèse selon laquelle il existe une règle de droit international coutumier mettant les ministres des affaires étrangères en exercice à l'abri de poursuites pénales³²⁹. Elle a aussi critiqué les analogies que la Cour avait établies avec les immunités des agents diplomatiques (qui résident et exercent leurs fonctions sur le territoire de l'État accréditaire à la suite d'une accréditation)³³⁰ et avec celles des chefs d'État (qui « personnifient » l'État et en sont l'*alter ego*)³³¹. Elle a estimé que « [l]'idée qu'un ministre des affaires étrangères devrait se voir accorder les mêmes privilèges et immunités qu'un chef d'État [était] certainement empreinte de sagesse politique, mais [qu'] un tel principe [pouvait] aussi bien relever de la courtoisie ». À son avis, en application du principe énoncé à l'article 21 de la Convention de 1969 sur les missions spéciales, un mandat d'arrêt ne peut être exécuté à l'encontre d'un ministre des affaires étrangères en exercice lorsqu'il prend part à une visite officielle (immunité

³²⁴ Ibid., par. 84. Ces juges ont donc estimé que comme « [l]e mandat d'arrêt du 11 avril 2000 était directement exécutable en Belgique et aurait obligé les autorités de police à arrêter M. Yerodia s'il s'était rendu dans ce pays pour des raisons non officielles. L'émission même du mandat d'arrêt doit donc être considérée comme constituant une atteinte à l'inviolabilité à laquelle M. Yerodia avait droit aussi longtemps qu'il occupait le poste de ministre des affaires étrangères du Congo » (ibid.).

³²⁵ Opinion dissidente du juge Al-Khasawneh, ibid., par. 1.

³²⁶ Ibid., par. 1.

³²⁷ Ibid., par. 2.

³²⁸ Ibid., par. 4. Le juge Al-Khasawneh a aussi tiré argument de ce que l'immunité est par définition une exception à la règle générale qui veut qu'un être humain soit juridiquement et moralement responsable de ses actes et qu'en tant que telle elle devrait être étroitement définie (ibid., par. 3). Sa conclusion a été que le mandat d'arrêt émis à l'encontre de M. Yerodia ne constituait pas un manquement aux obligations de la Belgique envers la République démocratique du Congo, dès lors qu'il contenait des dispositions expresses selon lesquelles il ne devait pas être exécuté si la personne visée se trouvait sur le territoire belge en mission officielle (ibid., par. 4).

³²⁹ Opinion dissidente de la juge ad hoc van den Wyngaert, ibid., par. 10 et 11. Plus précisément, la juge van den Wyngaert a fait remarquer qu'« il n'exist[ait] aucune pratique bien établie (*usus*) quant à l'immunité "totale" supposée des ministres des affaires étrangères » et qu'une « pratique négative » des États ne saurait, en tant que telle, être considérée comme l'expression d'une *opinio juris* (ibid., par. 13).

³³⁰ Ibid., par. 15.

d'exécution), mais le droit international n'interdit pas d'engager des poursuites pénales contre lui³³².

125. Ainsi qu'il est dit plus haut, la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens consacre une disposition aux privilèges et immunités *ratione personae* que le droit international reconnaît au chef d'État, mais reste muette sur les immunités d'autres représentants de l'État. Il ressort des débats consacrés à cette disposition durant les travaux préparatoires, décrits *supra* dans la première partie³³³, que la Commission a laissé la question ouverte. La Convention sur les missions spéciales donne à penser qu'un certain nombre de facilités, privilèges et immunités sont reconnus aux chefs de gouvernement et aux ministres des affaires étrangères en droit international général. Ainsi, aux termes du paragraphe 2 de l'article 21 de cette convention :

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

126. Toutefois, la Convention n'a ni spécifié ces facilités, privilèges et immunités (ni précisé si l'immunité de juridiction pénale, notamment, en faisait partie); de même, dans son commentaire du projet d'article correspondant, la Commission n'a donné aucune explication sur leur nature et leur étendue éventuelles³³⁴. Au cours de l'élaboration du projet, le Rapporteur spécial a dit n'avoir pas trouvé de règles spécialement applicables aux « missions spéciales dites à un niveau élevé » en dehors de « celles qui visent le traitement de ces hauts personnages dans leur propre État, non seulement en ce qui concerne la courtoisie dont on témoigne à leur égard, mais aussi en ce qui concerne l'ampleur des privilèges et immunités »³³⁵. En tout état de cause, il est clair que les chefs de gouvernement et les ministres des affaires étrangères lorsqu'ils prennent part à une mission spéciale (ou la dirigent) jouissent de l'immunité de la juridiction pénale de l'État de réception, telle que reconnue à l'article 31 de la Convention.

127. Les exemples fournis par la pratique des États concernant l'immunité des chefs de gouvernement et des ministres des affaires étrangères sont rares. Les lois nationales qui prévoient expressément l'immunité du chef de l'État ne contiennent généralement pas de disposition similaire applicable au chef du gouvernement ou au ministre des affaires étrangères³³⁶. En revanche, selon le *Restatement (Second) of*

³³¹ Ibid., par. 16.

³³² Ibid., par. 18 et 22. À l'appui de la critique qu'elle a adressée à l'opinion de la Cour sur l'immunité des ministres des affaires étrangères, elle a en outre invoqué la Convention de 1973 sur la prévention et la répression des infractions graves contre les personnes jouissant d'une protection internationale (ibid., par. 19), la doctrine (ibid., par. 20) et les travaux de l'Institut de droit international (ibid., par. 21).

³³³ Voir *supra* première partie, sect. C.2.

³³⁴ Par. 3 du commentaire du projet d'article 21 (dans *Annuaire...*, 1967, vol. II, p. 396) qui se borne à indiquer que le paragraphe 2 de l'article 21 énonce une règle similaire à celle qui est applicable au chef d'État à la tête d'une mission spéciale (comme le dispose le paragraphe 1).

³³⁵ Troisième rapport sur les missions spéciales, M. Milan Bartoš, Rapporteur spécial (A/CN.4/189 et Add.1 et 2) dans *Annuaire...* 1966, vol. II, par. 272.

³³⁶ Voir la section 20 de la loi britannique de 1978 sur l'immunité des États (*the United Kingdom State Immunity Act of 1978*) et la section 36 de la loi australienne de 1985 sur les immunités des

Foreign Relations Law des États-Unis, le chef du gouvernement et le ministre des affaires étrangères jouissent de la même immunité que le chef de l'État tant pour les actes officiels que pour les actes privés³³⁷. Limitée, la jurisprudence interne intéresse principalement la matière civile³³⁸. En 1961, tout en rejetant l'immunité revendiquée par un Ministre d'État saoudien à l'occasion d'une instance civile, un tribunal français a laissé entendre que l'immunité aurait été reconnue s'il s'était agi d'un ministre des affaires étrangères³³⁹. En 1963, un tribunal des États-Unis a rejeté l'action civile intentée contre M. Kim Yong Shik, Ministre des affaires étrangères de la République de Corée, en transit dans l'État de Hawaï à l'occasion d'une visite officielle qu'il effectuait aux États-Unis, sur le fondement d'une déclaration d'immunité déposée par l'exécutif, aux termes de laquelle « en droit international coutumier, tel que reconnu et appliqué aux États-Unis, le chef d'un gouvernement étranger, son ministre des affaires étrangères et les personnes qu'il a désignées comme membres de sa délégation officielle jouissent de l'immunité de juridiction devant les tribunaux fédéraux des États fédérés des États-Unis » et que « le Département d'État reconnaît le statut diplomatique de Monsieur le Ministre Kim Yong Shik à l'occasion de sa visite aux États-Unis »³⁴⁰. En 1988, un autre tribunal des États-Unis a rejeté une action en réparation pour cause de décès, de dommages corporels et de dégâts matériels provoqués par un bombardement aérien sur le territoire de la Jamahiriya arabe libyenne, action intentée notamment contre M^{me} Thatcher, Premier Ministre en exercice du Royaume-Uni, au motif que la déclaration d'immunité déposée par le Département d'État en sa faveur était décisive à cet égard³⁴¹. En 2001, une cour de district des États-Unis a fait droit à une déclaration d'immunité déposée par l'exécutif en faveur notamment du ministre zimbabwéen des affaires étrangères, mis en cause dans une action de groupe fondée

États étrangers (*the Australian Foreign States Immunities Act of 1985*).

³³⁷ Voir *Restatement (Second) of Foreign Relations Law of the United States* (St. Paul, American Law Institute, 1962), par. 66, p. 200 et 202. Les tribunaux des États-Unis ont appliqué cette loi, encore récemment : voir *Lafontant v. Aristide*, p. 133.

³³⁸ L'arrêt *Schooner « Exchange » v. McFaddon* évoque « l'immunité que toutes les nations civilisées accordent aux ministres des affaires étrangères », qui a parfois été invoquée pour justifier l'immunité des ministres des affaires étrangères (voir par exemple, la déclaration d'immunité (*suggestion of immunity*) déposée par l'exécutif dans l'affaire *Tachiona v. Mugabe*, *American Journal of International Law*, vol. 95, p. 874). Il ressort cependant de l'arrêt qu'en l'espèce, la Cour suprême des États-Unis a utilisé l'expression « foreign minister » (ministre des affaires étrangères) pour désigner plutôt le représentant diplomatique de l'État résidant dans un État étranger (p. 138 et 139).

³³⁹ Cour d'appel de Paris, *Ali Ali Reza c. Grimpel*, arrêt du 28 avril 1961, *Revue générale du droit international public* (1962), p. 418, tel que cité et interprété par Watts, op. cit. note 58, p. 106. La Cour a indiqué que « la qualité de ministre d'État, et non de ministre des [a]ffaires étrangères reconnue à Ali Ali Reza ne saurait suffire à lui assurer le bénéfice de » l'immunité d'envoyé d'un gouvernement étranger (p. 276).

³⁴⁰ Tribunal du premier circuit (État de Hawaï), *Chong Boon Kim v. Kim Yong Shik and David Kim*, 12565, jugement du 9 septembre 1963, *American Journal of International Law*, vol. 58 (1964), p. 186 et 187. Le texte de la déclaration d'immunité (*suggestion of immunity*) est reproduit dans l'*American Journal of International Law*, vol. 58 (1964), p. 186 et 187, sous l'intitulé « Exemption from judicial process – special missions ».

³⁴¹ *Saltany v. Reagan*, *International Law Reports*, vol. 80, p. 21. Action en responsabilité contre M^{me} Thatcher, le Gouvernement du Royaume-Uni ayant autorisé les avions militaires américains stationnés au Royaume-Uni à décoller de leur base pour participer à la mission et à y retourner.

notamment sur la loi dite *Alien Tort Claims Act*³⁴². Comme indiqué plus haut, certains juges de la Cour internationale de Justice avaient estimé que la rareté de cette pratique ne permettait pas d'établir l'*usus* et l'*opinio juris* nécessaires à l'existence d'une règle de droit international coutumier. Un point de vue différent a toutefois été exprimé par le Rapporteur de l'Institut de droit international, qui a relevé que si les décisions qui confirment les immunités du chef de gouvernement et du ministre des affaires étrangères étaient rares, « il n'y en a cependant pas qui les démentent, ce qui incline à croire qu'il y a là des solutions généralement admises »³⁴³.

128. La doctrine semble divisée sur la question. Une solution semble néanmoins largement admise, à savoir que le chef de gouvernement et le ministre des affaires étrangères bénéficieraient de l'immunité *ratione personae*, ou au moins d'une inviolabilité absolue, lorsqu'ils effectuent une visite officielle, conclusion par ailleurs confirmée par l'article 31 de la Convention sur les missions spéciales sus-évoquée³⁴⁴. Au-delà de cette constatation, les avis divergent. Les partisans de la reconnaissance de l'immunité même lorsque l'intéressé est en visite privée (ou se trouve en dehors de l'État du for) retiennent notamment la justification fonctionnelle de l'immunité du chef de l'État et ne voient pas d'obstacle à l'extension de celle-ci au chef de gouvernement et au ministre des affaires étrangères, dont les fonctions internationales sont généralement aussi étendues que celles du chef de l'État (sinon plus)³⁴⁵. À l'inverse, ceux qui rejettent l'idée d'étendre l'immunité *ratione personae* à ces deux catégories de représentants de l'État mettent plutôt l'accent sur

³⁴² *Tachiona v. Mugabe*, p. 297. L'action de groupe visait également M. Mugabe, Président du Zimbabwe, le ZANU-Front patriotique et d'autres hauts responsables zimbabwéens.

³⁴³ Verhoeven, « Rapport provisoire », op. cit. note 207, p. 546. M. Verhoeven a défendu cette thèse après l'arrêt en 2002, souscrivant au raisonnement de la Cour en ces termes : « Nul ne contestera qu'en l'occurrence la pratique sur laquelle doit reposer une règle coutumière ne soit pas très explicite. Le fait demeure toutefois que l'on ne connaît pas de cas dans lequel un ministre des affaires étrangères ait été pénalement poursuivi et jugé à l'étranger, que dans les quelques cas connus où d'aucuns s'y sont essayés, une immunité de juridiction lui a été sans ambiguïté reconnue et que, dans sa très grande majorité, la doctrine atteste de son existence. Le fait est aussi que l'exercice des responsabilités d'un ministre des affaires étrangères risquerait d'être singulièrement compromis s'il pouvait à tout moment faire l'objet à l'étranger de poursuites pénales. Il n'y a pas à s'étonner dès lors que la Cour n'ait pas contesté en principe son immunité de juridiction » (Joe Verhoeven, « Quelques réflexions sur l'affaire *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 ...* », *Revue belge de droit international*, vol. 35 (2002), p. 532). Voir aussi Gionata P. Buzzini, *Le droit international général au travers et au-delà de la coutume. Essai de conceptualisation d'une réalité aux contours fluctuants*, thèse de doctorat, n° 741, Université de Genève (Institut universitaire de hautes études internationales), 2007, p. 266 à 268 et 292 à 294. L'auteur estime que le raisonnement par déduction suivi par la Cour internationale de Justice dans l'affaire *Mandat d'arrêt ...* était justifié dès lors que les conclusions qui en découlent ne sont pas contredites par la pratique internationale.

³⁴⁴ Comme indiqué *supra*, cette conclusion a été confirmée même par les juges dont l'opinion (minoritaire) n'a pas prévalu dans l'arrêt *Mandat d'arrêt*, encore qu'il semble subsister quelque divergence sur la question de savoir s'il faut reconnaître l'inviolabilité uniquement, ou l'immunité de juridiction pénale également. Voir aussi Watts, op. cit. note 58, p. 106; Wouters, op. cit. note 320, p. 256 (après la reddition de l'arrêt relatif au *Mandat d'arrêt ...*).

³⁴⁵ En particulier, Verhoeven, « Rapport provisoire », op. cit. note 207, p. 543 et 544 et 546. Voir aussi Chanaka Wickremasinghe, « Immunities Enjoyed by Officials of States and International Organizations », in Malcolm D. Evans (dir. publ.), *International Law*, 2^e éd., Oxford University Press, Oxford, 2006, p. 408 (paru après l'arrêt relatif au *Mandat d'arrêt ...*).

le caractère spécifique de la représentativité du chef de l'État et sur sa qualité unique qui conduit à considérer qu'il personnifie l'État lui-même³⁴⁶.

129. Les travaux de l'Institut de droit international sur cette question méritent d'être examinés séparément. Le Rapporteur et la Treizième Commission ont estimé que le droit international reconnaissait au chef du gouvernement et au ministre des affaires étrangères une inviolabilité et une immunité de juridiction semblables à celles accordées au chef de l'État, et ont proposé un projet d'article allant dans ce sens³⁴⁷. Celui-ci a toutefois été modifié par la suite pour ne mentionner expressément que le chef du gouvernement et à l'effet d'y insérer une clause de sauvegarde concernant les autres membres du gouvernement (dont le ministre des affaires étrangères)³⁴⁸. Durant les débats en séance plénière, plusieurs voix se sont fait entendre en faveur de l'immunité de l'une ou des deux catégories de représentants de l'État³⁴⁹. La résolution adoptée par l'Institut dispose ce qui suit :

³⁴⁶ En particulier, Watts, op. cit. note 58, p. 102 et 103 (« le chef de gouvernement et le ministre des affaires étrangères sont certes des personnalités de premier plan, mais ils ne symbolisent ni ne personnifient l'État à l'instar du chef de l'État. Ainsi, le droit international ne leur reconnaît aucun droit à un traitement privilégié qui serait fondé sur des attributs de souveraineté ou de majesté inhérents à leur personne »). Voir aussi Michael Bothe, « Die Strafrechtliche Immunität fremder Staatsorgane », *Zeitschrift für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 31 (1971), p. 264 et 265; Adam Day, « Crimes against Humanity as a Nexus of Individual and State Responsibility: Why the ICJ Got *Belgium v. Congo* Wrong », *Berkeley Journal of International Law*, vol. 22 (2004), p. 498 et 499 (paru après l'arrêt relatif au *Mandat d'arrêt* ...); Prouvèze, op. cit. (2002), p. 296 et 297 (critiquant le raisonnement de la Cour); Wouters, op. cit. note 344, p. 257 (critiquant le raisonnement de la Cour). Dans la décision *Pinochet* n° 3 (p. 644), Lord Millett a estimé que l'immunité *ratione personae* est reconnue au chef de l'État en exercice « en raison de son statut spécial de titulaire de la plus haute fonction de son pays. Il est regardé comme l'incarnation même de l'État »; il s'ensuit, selon lui, que cette immunité « ne bénéficie pas aux chefs de gouvernement en exercice qui n'assument pas par ailleurs des fonctions de chef d'État ».

³⁴⁷ Pour le point de vue du Rapporteur, voir Verhoeven, « Rapport provisoire », op. cit. note 207, p. 543 à 547 et 550 [point viii)] (voir aussi Verhoeven, « Rapport définitif », p. 595). Au cours du débat que la Treizième Commission a tenu par la suite, Valticos (ibid., p. 555), Salmon (ibid., p. 577 et 578), Sucharitkul (ibid., p. 582) et Morin (ibid., p. 584 et 585) ont expressément souscrit aux thèses défendues par le Rapporteur. Tomuschat a déconseillé d'employer l'expression « *mutatis mutandis* » dans ce contexte (ibid., p. 587). L'article présenté en plénière, qui reste entre crochets car il déborde le mandat de la Commission, se lit comme suit : « Le chef de gouvernement et le ministre des affaires étrangères d'un État étranger bénéficient, sur le territoire du for, d'une inviolabilité, ainsi que d'une immunité de juridiction et d'exécution, semblables à celles qui sont reconnues, dans la présente résolution, au chef de cet État. » (Ibid., p. 606; version anglaise p. 610 et 611).

³⁴⁸ Voir l'article 15 du projet de résolution révisé n° 1 (ibid., p. 640; version anglaise, p. 646), dont la disposition est semblable à celle retenue dans la résolution adoptée, reproduite ci-après (si ce n'est que la première reconnaissait une immunité d'exécution au chef du gouvernement – mention supprimée par la suite, certainement pour tenir compte des observations faites en plénière par M. Gaja). L'*Annuaire* ne donne pas de justification officielle de la suppression de la référence aux ministres des affaires étrangères dans le texte de l'article 15, mais les explications fournies en plénière par M. Salmon, confirmées par le Rapporteur, donnent à penser que cette modification a été dictée par les limites du mandat de la Commission, davantage que par la conviction que le ministre des affaires étrangères ne bénéficierait pas d'immunités semblables à celles reconnues au chef du gouvernement (ibid., p. 677 et 678).

³⁴⁹ Sur ce débat, voir ibid., p. 674 à 679. Voir notamment les déclarations de MM. Morin, Sahovic (qui a toutefois exprimé quelques doutes sur le libellé des dispositions de l'article 15), Gaja (qui a toutefois estimé que le chef du gouvernement et les autres membres de celui-ci ne

« 1. Le chef de gouvernement d'un État étranger bénéficie de l'inviolabilité et de l'immunité de juridiction qui sont reconnues, dans la présente résolution, au chef d'État. Cette disposition ne préjuge pas de l'immunité d'exécution qui pourrait lui être reconnue.

2. Le paragraphe premier ne préjuge pas des immunités qui peuvent être reconnues aux autres membres du gouvernement en raison de leurs fonctions officielles. »

i) *Comment déterminer si tel individu est chef de gouvernement ou ministre des affaires étrangères*

130. Déterminer, aux fins de l'octroi de l'immunité, si tel individu est chef de gouvernement ou ministre des affaires étrangères d'un autre État ne paraît soulever aucun problème juridique particulier. Néanmoins, les observations faites plus haut concernant la détermination du statut du chef de l'État (notamment pour ce qui est du rôle de la reconnaissance) valent aussi pour les deux autres catégories de représentants³⁵⁰.

ii) *Les membres de la famille et les membres de l'entourage*

131. Il ne semble pas exister dans la pratique des États d'exemples d'octroi d'immunité à la famille et aux membres de l'entourage du chef de gouvernement et du ministre des affaires étrangères³⁵¹. On a soutenu que les mêmes observations susmentionnées au sujet de la famille et de l'entourage du chef de l'État seraient ici également pertinentes³⁵². Quoi qu'il en soit, l'article 39 de la Convention sur les missions spéciales, qui reconnaît des privilèges et immunités aux membres des familles des représentants de l'État d'envoi dans la mission spéciale (s'ils accompagnent ces derniers et pourvu qu'ils ne soient pas ressortissants de l'État de réception ou n'y aient pas leur résidence permanente), serait également applicable aux membres de la famille du chef de gouvernement et du ministre des affaires étrangères qui participent à ces missions.

c) **Autres hauts représentants de l'État**

bénéficiaient pas d'immunité d'exécution), McWhinney, Lalive, Salmon, Shahabuddeen (ce dernier a indiqué qu'en l'absence de l'article 15, la résolution n'aurait aucun intérêt pratique pour plusieurs régions du monde, dont les Caraïbes, le Canada et le Royaume-Uni; il a toutefois également déclaré que certains éléments figurant dans le texte de l'article ne correspondaient pas à ce qui se passe généralement dans la pratique des États) et Torres Bernárdez. M. Franck a estimé que l'Institut ne devait pas prendre position avant le règlement définitif de l'affaire *Mandat d'arrêt* ... pendante devant la Cour internationale de Justice.

³⁵⁰ S'il est généralement aisé d'identifier le chef de l'État, la question de savoir si et en quelle qualité un individu autre que celui-ci représente l'État peut se révéler plus difficile, car elle peut exiger un examen plus approfondi de la structure interne de l'État concerné. Toutefois, en ce qui concerne le chef du gouvernement et le ministre des affaires étrangères, les informations sont en général aisément accessibles. Dans les pays où les tribunaux s'inspirent des déclarations d'immunité (*suggestion of immunity*) souscrites par l'exécutif pour établir l'immunité d'un chef d'État, ils considèrent également que ces déclarations sont déterminantes dans le cas d'un chef de gouvernement ou d'un ministre des affaires étrangères : voir, pour les États-Unis, les affaires *Saltany v. Reagan* et *Chong Boon Kim v. Kim Yong Shik et David Kim*, citées *supra*.

³⁵¹ Verhoeven, « Rapport provisoire », op. cit. note 207, p. 547.

³⁵² Ibid.

132. On a avancé que les autres hauts représentants de l'État (en particulier les autres ministres et membres du gouvernement) jouiraient *ratione personae* de l'immunité de juridiction pénale étrangère tant qu'ils exercent leurs fonctions. Dans sa déclaration générale citée plus haut, selon laquelle « 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 pénales »³⁵³, la Cour internationale de Justice a semblé ne pas exclure une telle possibilité. La suite de son raisonnement concernant le ministre des affaires étrangères montre bien toutefois qu'à son avis, la reconnaissance de l'immunité ne tient pas tant au « rang élevé » du représentant de l'État qu'à la nature de ses fonctions et aux circonstances dans lesquelles il les exerce : en concluant en ce sens, elle souligne que le ministre des affaires étrangères exerce ses fonctions de diplomatie et de représentation au niveau international et est fréquemment appelé à se déplacer à l'étranger³⁵⁴.

133. Ainsi qu'il a été dit au sujet du chef de gouvernement et du ministre des affaires étrangères, la disposition de la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens consacrée à l'immunité *ratione personae* des chefs d'État ne parle nullement d'autres représentants officiels encore qu'il ressorte des travaux préparatoires que la Commission avait laissé la question en suspens³⁵⁵. En général, les lois internes qui prévoient expressément l'immunité du chef d'État n'étendent pas la même immunité aux autres représentants de l'État³⁵⁶. La loi américaine *Restatement (Second) of Foreign Relations Law*, qui reconnaît l'immunité *ratione personae* au chef de gouvernement et au ministre des affaires étrangères, limite l'immunité des autres ministres, représentants officiels ou agents de l'État aux actes accomplis en leur qualité officielle³⁵⁷. Lors de la procédure orale devant la Cour internationale de Justice dans l'affaire *Djibouti c. France*, les deux parties ont semblé convenir que ni le procureur de la République ni le chef de la sécurité nationale de Djibouti jouiraient d'une telle immunité *ratione personae* au regard du droit international³⁵⁸. C'est ce qu'a clairement confirmé la Cour dans son arrêt du 4 juin 2008³⁵⁹.

134. Ici encore, la jurisprudence semble incertaine. Ainsi, la justice française aurait dénié l'immunité à un ministre d'État³⁶⁰ et au ministre de l'intérieur³⁶¹ de gouvernements étrangers. En 1987, un tribunal de district américain a pris la

³⁵³ *Mandat d'arrêt ...*, par. 51, non souligné dans l'original.

³⁵⁴ *Ibid.*, par. 53 à 55.

³⁵⁵ Voir *supra* première partie, sect. C.2.

³⁵⁶ Voir sect. 20 de la loi britannique de 1978 sur l'immunité des États et sect. 36 de la loi australienne de 1985 sur les immunités des États étrangers.

³⁵⁷ Voir *Restatement (Second) of Foreign Relations Law of the United States*, par. 66, p. 200.

³⁵⁸ Voir CR 2008/3, p. 15 [Condorelli, au nom de Djibouti, a toutefois affirmé que les deux fonctionnaires concernés jouissaient de l'immunité *ratione materiae* (*ibid.*, p. 15 à 17)]; CR 2008/5, p. 42 à 47 et 50 (Pellet, au nom de la France).

³⁵⁹ *Djibouti c. France*, p. 58, par. 194 : « La Cour constate tout d'abord qu'il n'existe en droit international aucune base permettant d'affirmer que les fonctionnaires concernés étaient admis à bénéficier d'immunités personnelles, étant donné qu'il ne s'agissait pas de diplomates au sens de la Convention de Vienne de 1961 sur les relations diplomatiques et que la Convention de 1969 sur les missions spéciales n'est pas applicable en l'espèce ».

³⁶⁰ Voir *Ali Ali Reza c. Grimpel*, op. cit. note 339.

³⁶¹ Voir l'affaire *Ben Barka* impliquant le Ministre marocain de l'intérieur, citée dans Bothe, op. cit. note 346, p. 264, note n° 86.

décision inhabituelle de rejeter la déclaration d'immunité produite par le Département d'État au nom de M. Ordonez, procureur général (Sollicitor General) des Philippines, qui avait été cité à comparaître pour déposer dans un procès civil. Le Tribunal a fait observer que le moyen tiré par le Gouvernement, de ce que M. Ordonez avait « droit à l'immunité accordée au chef de l'État alors qu'il n'était ni souverain ni ministre des affaires étrangères, deux titres classiques de reconnaissance ou d'octroi de l'immunité » tendait à étendre la règle de l'immunité du chef de l'État à tous les représentants officiels d'un État étranger auxquels le Département d'État jugerait bon d'accorder l'immunité et qu'aucun précédent n'autorisait à s'écarter ainsi de la coutume antérieure³⁶². En 2004, la Cour de cassation italienne a jugé, dans un arrêt évoqué plus haut, que l'immunité accordée en vertu du droit international coutumier aux chefs d'État, chefs de gouvernement et ministres des affaires étrangères en exercice ne s'étendait pas (et ne pouvait pas être étendue par analogie) aux personnes exerçant des fonctions identiques au sein d'entités n'ayant pas le statut d'État souverain telles qu'un État membre d'une fédération (en l'espèce, le Président du Monténégro)³⁶³. En 2005, un tribunal divisionnaire (Divisional Court) britannique a également dénié l'immunité au Gouverneur et Chef de l'exécutif d'un État constitutif de la République fédérale du Nigéria, faisant notamment observer que ledit État n'entretenait pas de relations internationales et n'avait que des pouvoirs très limités subordonnés à l'autorité supérieure du Gouvernement fédéral³⁶⁴. Dans l'affaire de l'extradition d'un ancien Ministre de l'énergie atomique de la Fédération de Russie (2005), le Tribunal fédéral suisse a, dans un *obiter dictum*, semblé vouloir élargir la portée de l'immunité, faisant remarquer que l'immunité de juridiction pénale visait à protéger les gouvernements contre des poursuites pénales intentées contre leurs « hauts représentants à l'étranger » et motivées par des considérations politiques, qui les empêcheraient d'exercer leurs prérogatives³⁶⁵. Dans son arrêt de 2008 susévoqué accordant l'immunité de juridiction pénale au Chef d'État en exercice du Rwanda, l'Audiencia Nacional espagnole a confirmé l'inculpation d'officiers supérieurs en

³⁶² Tribunal du district nord de Californie, *Republic of the Philippines v. Marcos*, 665 F.Supp. 793, jugement du 11 février 1987, p. 797 et 798. Le tribunal a conclu en ce sens tout en reconnaissant qu'Ordonez était un très haut dignitaire de la République des Philippines. À l'appui de sa déclaration d'immunité, le Département d'État a invoqué les affaires *Chong Boon Kim v. Kim Shik* et *Kilroy v. Windsor* citées plus haut mais le tribunal ne les a pas jugées convaincantes aux fins de déterminer l'immunité du Sollicitor General (Procureur général). Voir également *Tachiona v. Mugabe*, p. 289 (où le juge fait observer que, s'il est vrai que les tribunaux ont généralement accepté d'accorder l'immunité du chef de l'État aux chefs d'État et de gouvernement reconnus par les États-Unis, il reste à savoir à quel échelon de la chaîne hiérarchique doit s'arrêter la reconnaissance légitime d'une telle protection, et évoque l'affaire susmentionnée) et *El Haddad v. Embassy of the United Arab Emirates*, 69 F.Supp.2d 69 (D.D.C.1999), p. 82, note n° 10 (où il est dit que la règle de l'immunité du chef de l'État « s'applique au seul chef de l'État en exercice... ». Le tribunal a refusé d'étendre cette immunité à tous les agents du chef de l'État).

³⁶³ Ministère public (Tribunal de Naples) c. Milo Djukanovic, par. 10.

³⁶⁴ *R (on the application of Diepneye Solomon Peter Alamleyeseigha) v. The Crown Prosecution Service*, par. 37 à 48, op. cit. note 262. Cette décision renvoie indirectement à l'affaire du mandat d'arrêt (ibid., par. 22) sans toutefois en tirer fondement principalement.

³⁶⁵ *Evgueni Adamov c. Office fédéral de la justice*, 1^{re} Chambre de droit public du Tribunal fédéral, n° 1A.288/2005, publié en partie sous la référence Tribunal fédéral (ATF 132 II 81, par. 3.4.2).

activité, y compris le chef d'état-major de l'armée rwandaise, sans soulever la question de leur immunité³⁶⁶.

135. On retiendra deux décisions récentes de tribunaux britanniques qui, pour accorder l'immunité à des représentants de haut rang, ont repris la solution de l'arrêt sur l'affaire du *mandat d'arrêt*. Dans un jugement de 2004 portant sur une demande de mandat d'arrêt contre le général Shaul Mofaz, Ministre israélien par intérim de la défense, le Tribunal de première instance (Magistrates' Court) de Bow Street a interprété le paragraphe 51 de l'arrêt rendu dans l'affaire précitée comme signifiant que d'autres catégories de fonctionnaires de haut rang – outre le chef de l'État, le chef de gouvernement et le ministre des affaires étrangères – pouvaient jouir de l'immunité si leurs fonctions impliquaient des déplacements ou des missions diplomatiques pour le compte de l'État. Tout en déclarant dans un *obiter dictum* qu'il serait fort peu probable que les titulaires de postes ministériels tels que ceux de ministre de l'intérieur, de l'emploi, de l'environnement, de la culture, des médias ou des sports jouissent automatiquement de l'immunité d'État à raison de leur qualité, le tribunal a estimé en revanche que les fonctions liées à la défense et à la politique étrangère étaient très étroitement liées, quand on sait que de nombreux États entretenaient des troupes à l'étranger et qu'il y avait de nombreuses missions des Nations Unies à inspecter dans lesquelles les questions militaires jouaient bien un rôle majeur entre certains États. Il a donc conclu que le ministre de la défense acquerrait automatiquement l'immunité d'État accordée au ministre des affaires étrangères et a donc refusé de délivrer le mandat d'arrêt demandé³⁶⁷. De même, dans une décision de 2005 concernant une demande de mandat d'arrêt contre M. Bo Xilai, Ministre chinois du commerce en exercice, le Magistrates' Court de Bow Street a conclu que les fonctions de celui-ci étaient équivalentes à celles d'un ministre des affaires étrangères et, reprenant la solution retenue par la Cour internationale de Justice dans l'affaire du *mandat d'arrêt*, a décidé qu'en vertu du droit international coutumier, M. Bo jouissait de l'immunité de poursuites car il ne pouvait s'acquitter de ses fonctions s'il n'était pas en mesure de se déplacer librement³⁶⁸.

136. Jusqu'en 2002, la doctrine s'est rarement demandé si les représentants autres que le chef de l'État ou de gouvernement ou le ministre des affaires étrangères devaient jouir de l'immunité *ratione personae* et, lorsqu'elle l'a fait, elle a eu tendance à rejeter cette immunité³⁶⁹. Depuis l'arrêt rendu dans l'affaire du *mandat*

³⁶⁶ *Auto del Juzgado Central de Instrucción n° 4*, (2008), p. 157 à 181.

³⁶⁷ Tribunal de district de Bow Street, *Re general Shaul Mofaz*, jugement du 12 février 2004, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 53 (2004), p. 771 à 773. Voir également le commentaire y relatif, dans lequel Warbick critique en particulier l'*obiter dictum* susmentionné (ibid., p. 773 à 774).

³⁶⁸ Tribunal d'instance de Bow Street, *Re Bo Xilai*, jugement du 8 novembre 2005, reproduit dans *International Law Reports*, vol. 128, p. 713 à 715. Cela dit, le juge a ensuite noté qu'au moment où le mandat a été demandé, M. Bo faisait partie de la délégation officielle accompagnant le Président de la République populaire de Chine lors de sa visite d'État et était donc membre d'une mission spéciale jouissant à ce titre de l'immunité prévue par le droit international coutumier consacré dans la Convention de 1969 sur les missions spéciales. Il ressort de la conclusion du juge que c'est ce dernier argument qui a prévalu : « Je suis donc convaincu qu'en sa qualité de membre d'une mission spéciale, M. Bo jouit de l'immunité de juridiction et je rejette la demande de mandat d'arrêt ».

³⁶⁹ Voir par exemple Bothe, op. cit. note 346, p. 264 et 265; et Robertson, op. cit., p. 402 (plus particulièrement aux généraux, chefs de police et ministres).

d'arrêt, elle a interprété la solution dégagée par la Cour comme autorisant à accorder l'immunité *ratione personae* aux hauts dignitaires, pour le moins dans certaines circonstances précises et compte tenu de la nature des fonctions exercées³⁷⁰. La question avait aussi été soulevée par l'Institut de droit international³⁷¹ qui adoptera par la suite une disposition où il reconnaissait l'inviolabilité et l'immunité de juridiction des chefs de gouvernement sans préjuger des immunités qui pouvaient être reconnues aux autres membres du gouvernement en raison de leurs fonctions officielles³⁷². Il ressort du compte rendu des débats que cette disposition avait pour but de tenir compte des immunités susceptibles d'être accordées aux membres du gouvernement autres que le chef de gouvernement ou le ministre des affaires étrangères qui s'acquittait de fonctions de représentation au niveau international³⁷³.

³⁷⁰ Voir par exemple Cassese, « Peut-on poursuivre ... », op. cit. note 206, p. 864 (l'immunité *ratione personae* ne s'applique qu'à certaines catégories de représentants de l'État, à savoir les agents diplomatiques, chefs d'État, chefs de gouvernement et peut-être (et notamment selon le précédent créé par la Cour (dans l'affaire *Mandat d'arrêt* ...) les ministres des affaires étrangères et peut-être même encore d'autres membres du Gouvernement »); Wouters, op. cit. note 320, p. 265 (qui dit toutefois que le ton général de l'arrêt donne à penser que la Cour hésiterait à accepter une quelconque exception à la règle de l'immunité absolue en faveur des autres hauts représentants); Wickremasinghe, op. cit. (2006) note 345, p. 409 (Il faudra peut-être procéder par analogie pour voir dans quelle mesure d'autres ministres ou représentants de l'État peuvent bénéficier de telles immunités, compte tenu du degré d'intervention des intéressés dans les relations internationales »).

³⁷¹ Même si la question débordait le champ du sujet qu'entendait traiter l'Institut (circonscrit aux immunités des chefs d'État et de gouvernement, le Rapporteur avait demandé à la treizième Commission si elle jugeait souhaitable d'étendre l'objet de son étude aux immunités de l'ensemble des fonctionnaires publics (voir point n° 3 du questionnaire figurant dans l'*Annuaire* de l'Institut, op. cit. note 4, p. 453). Lors du débat (ibid., p. 453 à 482, résumé par le Rapporteur dans le même document, p. 485 et 486), la plupart des membres de la Commission avaient préféré ne pas aborder cette question soit parce qu'ils la jugeaient de moindre importance, soit parce qu'elle entraînerait la Commission en territoire inconnu (en revanche Bedjaoui estimait qu'il fallait songer aux ministres, ibid., p. 473).

³⁷² Art. 15, par. 2, résolution de l'Institut en date du 26 août 2001.

³⁷³ Comme indiqué plus haut (voir note n° 346), la proposition initiale qui reconnaissait au chef de gouvernement et au ministre des affaires étrangères les mêmes immunités qu'au chef de l'État et ne parlait d'aucun autre membre du gouvernement, a été remanié à l'effet de réserver l'immunité au chef de gouvernement, tous les autres membres du gouvernement étant soumis à une clause de garantie figurant dans le texte proposé. L'*Annuaire* n'explique pas formellement la modification apportée mais reproduit les observations suivantes. Selon Sahovic, le paragraphe 2 de l'article 15 « s'explique par la volonté de refléter l'évolution générale de la représentation des États dans les rapports internationaux, dans lesquels le ministre des affaires étrangères n'est pas le seul représentant d'un État; d'autres membres du gouvernement représentent l'État, par exemple dans le domaine économique » (Institut, *Annuaire*, op. cit. note 4, p. 676). Gaja jugeait la disposition incompréhensible car il n'était nullement question des autres membres du gouvernement dans les autres dispositions du projet (ibid.). Salmon a expliqué que les membres de la treizième Commission « ont envisagé le cas de conseils de ministres à Bruxelles qui réunissent, par exemple, les ministres européens des finances, de l'agriculture ou de l'économie. Ils se sont demandé s'il convenait que le projet de résolution vise ou non de tels cas. Tout en restreignant le projet aux chefs d'État et de gouvernement, les membres de la Commission ont jugé utile de préciser que cela ne préjuge pas des privilèges et immunités que le droit international public peut reconnaître aux autres membres de gouvernement. Il n'est par exemple pas question de toucher ici aux règles applicables aux missions spéciales » (ibid., p. 677). Torres Bernardez a fait remarquer que les ministres des affaires étrangères avaient un rôle bien établi dans les relations internationales mais que, pour les autres ministres, c'était une autre question

2. Actes couverts

137. L'immunité *ratione personae* de juridiction pénale étrangère couvre tous les actes accomplis par le représentant de l'État concerné en sa qualité tant officielle que privée, y compris avant son entrée en fonctions. La portée matérielle de cette

immunité est bien établie tant en jurisprudence³⁷⁴ qu'en doctrine³⁷⁵ qui expriment

(ibid., p. 678). Le Rapporteur Verhoeven a confirmé l'historique de l'article fait par Salmon (ibid.). Dans un commentaire postérieur à l'adoption de la résolution, Fox a dit que la disposition se justifiait de fait que l'Institut avait conclu que, dans la pratique moderne, d'autres ministres et membres du gouvernement, tels que le ministre des finances, représentaient l'État autant, voire plus, que le ministre des affaires étrangères dans les relations internationales (Fox, op. cit. note 282, p. 120).

³⁷⁴ Voir plus précisément sur l'immunité pénale : *Arafat e Salah*, op. cit. note 256, p. 886; *Ferdinand et Imelda Marcos c. Office fédéral de la police*, op. cit., p. 202 (« Au contraire de l'immunité de juridiction civile, l'immunité de juridiction pénale du chef de l'État est totale... Cette immunité paraît également englober, sans réserve, les activités privées des chefs d'État », suivent des références doctrinales; *Pinochet* n° 3, p. 592 (« Cette immunité dont jouit le chef d'État en exercice [...] est une immunité totale attachée à la personne du chef de l'État [...] et qui exclut toute action ou poursuite judiciaire à raison ou non des actes accomplis au service de l'État » (Lord Browne-Wilkinson); France, affaire *Kadhafi*, Cour de cassation, arrêt du 20 octobre 2000, *Revue générale de droit international public*, vol. 105, 2001, p. 474, « La coutume internationale interdit 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 »), Belgique, *H.S.A. et consorts c. S.A. et consorts*, op. cit. note 319 (« la coutume internationale s'oppose à ce que les chefs d'État et de gouvernement en exercice puissent, en l'absence de dispositions internationales contraires s'imposant aux États concernés, faire l'objet de poursuites devant les juridictions pénales d'un État étranger »); *Tatchell v. Mugabe*, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 53, p. 770 (« la coutume internationale reconnaît l'immunité absolue à tout chef d'État »); Cour suprême, *Issa Hassan Sesay a.k.a. Issa Sesay, Allieu Kondewa, Moinina Fofana v. President of the Special Court, Registrar of the Special Court, Prosecutor of the Special Court, Attorney-General and Minister of Justice*, arrêt du 14 octobre 2005, SC n° 1/2003. (« Le chef d'État en exercice a droit à l'immunité absolue de poursuites devant les tribunaux internes de même que devant les tribunaux de pays tiers sauf si l'État concerné y a renoncé »); Espagne, *Auto del Juzgado Central de Instrucción n° 4* (2008), p. 156 et 157.

³⁷⁵ Pour expliquer le *ratio legis* de ce qui deviendrait l'article 3, par. 2, de la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, la Commission a parlé « d'immunités que le droit international en vigueur accorde *ratione personae* aux souverains étrangers et autres chefs d'État agissant à titre personnel, précisant que la réserve énoncée dans cette disposition portait donc exclusivement sur les actes accomplis à titre privé ou sur les immunités et privilèges de caractère personnel qui étaient reconnus et accordés dans la pratique » (*Annuaire*, vol. II, deuxième partie, p. 22). Voir aussi notamment : Cahier, op. cit. note 293, p. 338; Klingberg, op. cit. note 207, p. 544; Pierson, op. cit. note 240, p. 273; *Restatement (Second)...*, op. cit. note 337, p. 202, par. 66 (« Reporters' Note »); Rousseau, op. cit. note 240, p. 124 à 126; Jean Salmon, *Manuel de droit diplomatique*, p. 596 à 599 (voir également Salmon, op. cit. note 320, p. 513); *Satow's Guide to Diplomatic Practice*, op. cit. note 240, chap. 2, par. 2.2 à 2.4; Gilbert Sison, « A King No More: The Impact of the Pinochet decision on the Doctrine of Head of State Immunity », *Washington University Law Quarterly*, vol. 78 (2000), p. 1588; Alfred Verdross et Bruno Simma, *Universelles Völkerrecht*, 3^e éd. (Berlin, Duncker und Humblot, 1984), p. 649 et 641; Verhoeven, « Rapport provisoire », op. cit. note 207, p. 516 (« Il n'est pas contesté que le chef d'État bénéficie d'une immunité pénale absolue devant les juridictions d'un État étranger. Le caractère absolu de l'immunité exclut qu'il puisse lui être apporté aucune exception, tenant par exemple à la nature de l'infraction qui lui est reprochée ou à la date à laquelle elle a été commise »); Watts, op. cit. note 58, p. 54; et

souvent cette idée en appelant l'immunité *ratione personae* l'immunité « complète », « totale », « intégrale » ou « absolue ». Dans l'affaire du *mandat d'arrêt*, la Cour internationale de Justice a décrit et justifié la portée de l'immunité du ministre des affaires étrangères en exercice en ces termes :

« À cet égard, il n'est pas possible d'opérer de distinction entre les actes accomplis par un ministre des affaires étrangères à titre "officiel" et ceux qui l'auraient été à titre "privé", pas plus qu'entre les actes accomplis par l'intéressé avant qu'il n'occupe les fonctions de ministre des affaires étrangères et ceux accomplis durant l'exercice de ces fonctions. C'est ainsi que, si un ministre des affaires étrangères est arrêté dans un autre État à la suite d'une quelconque inculpation, il se trouvera à l'évidence empêché de s'acquitter des tâches inhérentes à ses fonctions. Les obstacles ainsi apportés à l'exercice de telles fonctions officielles ont des conséquences aussi graves, que le ministre des affaires étrangères, au moment de son arrestation, ait été présent à titre officiel ou privé sur le territoire de l'État ayant procédé à cette arrestation, que celle-ci concerne des actes qu'il aurait accomplis avant d'occuper le poste de ministre des affaires étrangères ou des actes accomplis dans le cadre de ses fonctions, ou encore qu'elle concerne des actes qu'il aurait accomplis à titre "officiel" ou des actes qu'il aurait accomplis à titre "privé". En outre, le simple fait qu'en se rendant dans un autre État ou qu'en traversant celui-ci un ministre des affaires étrangères puisse être exposé à une procédure judiciaire peut le dissuader de se déplacer à l'étranger lorsqu'il est dans l'obligation de le faire pour s'acquitter de ses fonctions. »³⁷⁶

138. On pourrait décrire et expliquer de la même façon la condition du chef de l'État, du chef de gouvernement ou de tout autre représentant officiel jouissant d'une immunité semblable.

139. Le champ d'application matérielle de l'immunité *ratione personae* de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État est souvent comparé à celui de l'immunité accordée aux chefs de mission diplomatique en droit international coutumier tel qu'il ressort de l'article 31, par. 1, de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques³⁷⁷. Cette méthodologie est de nature à permettre d'apporter des solutions adaptées aux différents problèmes qui se posent dans ce domaine, d'autant que la pratique des États en matière d'octroi de l'immunité aux représentants de l'État autres que les agents diplomatiques est peu fournie³⁷⁸. Ainsi, la loi britannique sur l'immunité de l'État qui régit l'immunité *ratione personae* du chef d'État étend pour ce faire à ces derniers les dispositions de la loi d'application

Zappalà, op. cit. note 214, p. 598; etc. Mallory (op. cit. note 240, p. 177 et 178) fait remarquer que, si la communauté internationale semble s'entendre sur la question de l'immunité des chefs d'État, puisqu'elle reconnaît largement que le chef de l'État a droit à une certaine immunité, il n'y a apparemment pas de consensus sur la portée de cette immunité ». Pour un examen critique du caractère absolu de l'immunité *ratione materiae* du ministre des affaires étrangères retenue par la Cour internationale de Justice, voir Kamto, op. cit. note 320, p. 524.

³⁷⁶ Affaire *Mandat d'arrêt* ..., par. 55.

³⁷⁷ Le paragraphe en question est libellé comme suit : « L'agent diplomatique jouit de l'immunité de la juridiction pénale de l'État accréditaire. » De même, le paragraphe 1 de l'article 31 de la Convention de 1969 sur les missions spéciales dispose que : « Les représentants de l'État d'envoi dans la mission spéciale et les membres du personnel diplomatique de celle-ci jouissent de l'immunité de la juridiction pénale de l'État de réception ».

³⁷⁸ Verhoeven, « Rapport provisoire », op. cit. note 207, p. 511.

de la Convention précitée, sous réserve des modifications nécessaires³⁷⁹. La jurisprudence et la doctrine ont elles aussi à l'occasion fait une analogie entre les deux types d'immunité, le plus souvent pour expliquer l'étendue de l'immunité dont jouit le chef de l'État³⁸⁰. Loin de s'en tenir à une analogie pure et simple, elles partent du principe que, vu ses fonctions de représentant suprême de l'État et son statut de supérieur hiérarchique des agents diplomatiques, le chef d'État doit bénéficier d'un régime au moins aussi favorable que celui reconnu par la Convention de Vienne³⁸¹. La Cour internationale de Justice a incidemment évoqué ce même argument lors de l'examen de l'immunité du ministre des affaires étrangères³⁸² qui pourrait facilement être étendu *mutatis mutandis* au chef de gouvernement; en revanche, il ne pourrait pas être directement appliqué aux autres ministres dont les tâches n'ont aucun lien avec le fonctionnement général des relations étrangères de l'État. De toute façon, on a souligné que le chef de l'État (et le même constat vaut pour les autres représentants de l'État susmentionné) ne peut pas être confondu avec l'agent diplomatique aux fins de l'octroi de l'immunité car son droit de représentation n'est pas limité par une accréditation particulière et est opposable *ergo omnes*³⁸³. Par ailleurs, « l'ambassadeur réside temporairement dans un État étranger tandis que le chef de l'État n'est qu'un visiteur occasionnel; et le pouvoir de représentation du chef d'État est supérieur à celui de l'ambassadeur mais aussi plus large tant du point de vue des domaines couverts que de la durée dans le temps et la portée géographique, celui de l'ambassadeur se limitant à l'État auprès duquel il est accrédité »³⁸⁴.

³⁷⁹ Ainsi de l'article 20 de la loi britannique de 1978 sur l'immunité des États qui renvoie à la loi de 1964 sur les privilèges diplomatiques. L'article 36 de la loi australienne de 1985 sur les immunités des États étrangers étend au chef de l'État le bénéfice des dispositions de la loi de 1967 sur les privilèges et immunités diplomatiques, sous réserve des modifications nécessaires ».

³⁸⁰ Voir Verhoeven, « Rapport provisoire », op. cit. note 207, p. 510 et 511. Pour ce qui est de la doctrine, il renvoie à F. Berber, *Lehrbuch des Völkerrechts*, 1960, p. 269; Benedetto Conforti, *Diritto internazionale*, (3^e éd.), (Naples, Editoriale Scientifica, 1987) p. 222; Deák, op. cit. note 310, p. 388; Salmon, op. cit. (1994) note 375, p. 596 (pour l'immunité de juridiction pénale); et Zappalà, op. cit. note 214, p. 598. Pour la jurisprudence, voir : *Ferdinand et Imelda Marcos c. Office fédéral de la police*, op. cit. note 206, p. 535; *In re Grand Jury Proceedings, Doe n° 700*, 817.2d 1108, jugement du 5 mai 1987, reproduit dans *International Law Reports*, vol. 81, p. 599 et 602; *Pinochet n° 3*, p. 592 (Lord Browne-Wilkinson).

³⁸¹ Verhoeven, « Rapport provisoire », op. cit. note 207, p. 510 et 511, qui cite en particulier un mémorandum du Bureau des affaires juridiques du Ministère canadien des affaires étrangères, selon lequel « de fait, il serait plus exact de dire que l'on doit encore plus de respect à la dignité du souverain ou du chef d'État en visite car ses propres agents diplomatiques dans le pays d'accueil lui sont de toute évidence inférieurs » (reproduit dans l'*Annuaire canadien de droit international*, 1981, p. 325). Voir également Watts, op. cit. note 58, p. 40. Voir *supra* Bynkerschoek, première partie, sect. C.1 a).

³⁸² Voir *Mandat d'arrêt* ..., par. 53, (« c'est généralement lui [le ministre des affaires étrangères] qui décide des pouvoirs à conférer aux agents diplomatiques et qui contresigne leurs lettres de créance »).

³⁸³ Verhoeven, « Rapport provisoire », op. cit. note 207, p. 511.

³⁸⁴ Watts, op. cit. (1994), p. 40. Dans *Pinochet n° 3*, Lord Goff de Chieveley a expliqué que « d'après son historique législatif, la loi britannique de 1978 sur l'immunité des États devait au départ s'appliquer au seul souverain ou à tout autre chef d'État venant au Royaume-Uni à l'invitation ou avec le consentement du Gouvernement de ce pays mais elle a été modifiée pour tenir compte du cas du chef d'État qui ne se trouverait pas dans ce pays... Nous devons donc appliquer la Convention de Vienne aux chefs d'État avec fermeté et sous réserve des modifications nécessaires ». Dans le cas d'un chef d'État, il ne saurait être question d'appliquer

140. Lors de l'examen de la question des immunités de juridiction et d'exécution du chef d'État et de gouvernement par l'Institut de droit international, le Rapporteur s'était prononcé en faveur de l'immunité absolue de juridiction pénale du chef d'État en exercice. Ce faisant, il réfutait notamment l'argument selon lequel une telle immunité ne couvrirait pas des actes illégaux au regard du droit de l'État du for, exception qui à son avis serait tout à fait contraire à l'objectif de l'immunité³⁸⁵. Il a également fait valoir que, s'il pouvait être opportun d'écarter cette immunité en présence d'infractions particulièrement graves, la pratique des États n'allait pas dans ce sens en pareille hypothèse³⁸⁶. Les autres membres se sont rangés à son avis³⁸⁷ et l'Institut a donc adopté une résolution dont l'article 2 dispose qu'en matière pénale : « le chef d'un État ne peut être poursuivi devant ni jugé par le tribunal d'un État étranger pour une infraction qu'il aurait pu commettre, quelle qu'en soit la gravité ». Cette disposition est d'autant plus digne d'intérêt qu'elle repose sur une description autonome de l'immunité du chef de l'État qui semble plus précise que celle donnée par l'article 31, par. 1, de la Convention de Vienne en ce sens qu'elle précise que l'immunité joue, quelle que soit la gravité de l'infraction.

3. Exceptions possibles, fondées sur la nature de la conduite criminelle

141. Encore que la vaste portée de l'immunité *ratione personae* en ce qui concerne les actes couverts demeure incontestée, on s'est demandé, surtout ces dernières années, si la nature absolue de cette immunité était susceptible d'exception en présence de crimes de droit international³⁸⁸. Autrement dit, on s'est demandé notamment à la suite des poursuites exercées contre Pinochet au Royaume-Uni si interdiction continuerait d'être faite à tout tribunal étranger d'exercer sa juridiction pénale vis-à-vis d'un haut responsable en fonctions, tel qu'un chef d'État, un chef de gouvernement ou un ministre des affaires étrangères, accusé de génocide, de crime de guerre, de crime contre l'humanité ou d'autres infractions emportant responsabilité pénale individuelle au regard du droit international.

142. Deux observations préliminaires s'imposent à cet égard. La première est que cette exception reste sujette à controverse s'agissant de poursuites pénales devant des juridictions internes étrangères : il est généralement admis que ne bénéficierait pas de l'immunité même le haut responsable en fonctions sous le coup d'accusations

les dispositions de l'article 39, par. 1 ou 2, au territoire de l'État accréditaire. Une fois ce point acquis, il ne semble plus y avoir de raison de ne pas considérer que l'immunité accordée au chef d'État par ce texte de loi ne coïncide pas dans la mesure du possible avec l'immunité prévue par le droit international coutumier, dont s'est inspiré le projet de loi » (*Pinochet* n° 3, p. 598).

³⁸⁵ Verhoeven, « Rapport provisoire », op. cit. note 207, p. 513. À la page 516, il expose sa thèse : « il n'est pas contesté que le chef d'État bénéficie d'une immunité pénale absolue devant les juridictions d'un État étranger. Le caractère absolu de l'immunité exclut qu'il puisse lui être apporté aucune exception, tenant par exemple à la nature de l'infraction qui lui est reprochée ou à la date à laquelle elle a été commise ». À ce sujet, voir : *Duke of Brunswick v. King of Hanover*, 2 H.L.C. 1 (1848), qui soutient que le souverain étranger ne peut pas être tenu responsable dans un autre pays pour un acte souverain accompli dans son propre pays, que cet acte soit contraire ou non à la loi.

³⁸⁶ Ibid., p. 513 et 514.

³⁸⁷ Pour un aperçu des arguments en faveur ou contre une éventuelle exception pour les crimes de droit international, voir la sous-section qui suit.

³⁸⁸ Pour une définition de la notion de « crimes de droit international » aux fins de la présente étude, voir, *supra*, première partie, sect. B.1.

similaires devant certains tribunaux pénaux *internationaux* compétents, ce qui a été confirmé dans l'affaire du *Mandat d'arrêt*³⁸⁹. Cette solution qui fait l'objet d'une disposition expresse dans le Statut de Rome de la Cour pénale internationale³⁹⁰ est illustrée par des poursuites pénales internationales exercées dans le passé contre des responsables en fonctions bénéficiant de l'immunité *ratione personae*³⁹¹. La deuxième observation est que, pour les motifs susexposés, l'examen de cette question a été axé en particulier sur l'existence d'une exception à l'immunité *ratione materiae* d'anciens responsables de l'État. Cela étant, les diverses théories invoquées à l'appui d'une telle exception seront examinées en détail dans la section suivante, les paragraphes ci-après étant consacrés aux arguments suscités plus précisément par l'immunité *ratione personae*.

143. La question de l'exception à l'immunité *ratione personae* a été soulevée – on le sait – devant la Cour internationale de Justice dans l'affaire du *Mandat d'arrêt*. Pour justifier la légalité en droit international de la question et de la diffusion du mandat d'arrêt du 11 avril 2000 contre M. Yerodia, la Belgique avait soutenu que « les immunités reconnues aux ministres des affaires étrangères en exercice ne peuvent en aucun cas protéger ceux-ci lorsqu'ils sont soupçonnés d'avoir commis des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité » à l'appui de cette thèse différents instruments juridiques portant création de tribunaux pénaux internationaux, des exemples tirés de la législation nationale et de la jurisprudence des tribunaux internes et internationaux³⁹². Dans son arrêt, la Cour a rejeté l'argument belge en ces termes :

« La Cour a examiné avec soin la pratique des États, y compris les législations nationales et les quelques décisions rendues par de hautes juridictions nationales, telle la Chambre des lords [dans l'affaire *Pinochet*] ou la Cour de cassation française [dans l'affaire *Kadhafi*]. Elle n'est pas parvenue à déduire de cette pratique l'existence, en droit international coutumier, d'une exception quelconque à la règle consacrant l'immunité de juridiction pénale et l'inviolabilité des ministres des affaires étrangères en exercice, lorsqu'ils sont soupçonnés d'avoir commis des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité ». ³⁹³

144. La Cour n'était pas davantage convaincue que l'existence d'une telle exception vis-à-vis des tribunaux internes pouvait être déterminée à partir des règles concernant l'immunité ou la responsabilité pénale des fonctionnaires mentionnés dans les instruments juridiques portant création des tribunaux pénaux internationaux, ni dans les décisions des tribunaux pénaux internationaux citées par la Belgique³⁹⁴. Elle a donc conclu que la question et la diffusion du mandat d'arrêt ne respectaient pas l'immunité de juridiction pénale et l'inviolabilité de M. Yerodia, en tant que Ministre congolais des affaires étrangères en exercice³⁹⁵. Toutefois, la

³⁸⁹ Voir en particulier *Mandat d'arrêt* ..., par. 61.

³⁹⁰ Art. 27, par. 2. Pour le texte, voir première partie, sect. D.4 supra.

³⁹¹ Notamment le premier acte d'accusation du Tribunal pénal pour l'ex-Yougoslavie contre Milosevic qui a été lancé alors que ce dernier était Chef d'État en exercice de la République fédérale de Yougoslavie (voir l'acte d'accusation initial relatif au Kosovo contre Slobodan Milosevic et autres, daté du 22 mai 1999, affaire n° IT-99-37).

³⁹² *Mandat d'arrêt* ..., par. 56.

³⁹³ Ibid., par. 58.

³⁹⁴ Ibid.

³⁹⁵ Ibid., par. 78 D) 2).

Cour a précisé, dans un *obiter dictum*³⁹⁶, que l'immunité en question n'empêcherait pas des poursuites pénales dans quatre circonstances : a) dans le cas de poursuites dans le pays dont l'individu est ressortissant; b) si l'État représenté par cette personne décidait de lever l'immunité; c) dans le cas de poursuites engagées à l'étranger, si la personne n'était plus en exercice en ce qui concerne des actes commis avant ou après son mandat ou commis pendant cette période à titre privé; et d) en cas de poursuites pénales devant certains tribunaux internationaux, lorsqu'ils exercent leur juridiction³⁹⁷.

145. La solution proposée par la Cour, qui trouve fondement dans des éléments de la pratique des États, y compris la jurisprudence interne, a été confirmée depuis. Les législations internes, par exemple les lois pertinentes du Royaume-Uni et de l'Australie qui consacrent l'immunité du chef de l'État, n'envisagent pas expressément une quelconque exception à cette immunité³⁹⁸. Au contraire, la loi belge de 1993 relative à la répression de violations graves du droit international humanitaire, telle que modifiée en 1999, semble admettre une exception à l'immunité pour les infractions visées³⁹⁹. Selon le paragraphe 2 de l'article 5, dans sa rédaction originelle « l'immunité attachée à la qualité officielle d'une personne n'empêche pas l'application de la présente loi »⁴⁰⁰. Toutefois, en 2003, on a de nouveau modifié cette loi pour la mettre en conformité avec l'arrêt de la Cour de sorte que la législation belge porte désormais que « conformément au droit international, les poursuites sont exclues à l'égard [...] des chefs d'État, chefs de gouvernement et ministres des affaires étrangères étrangers, pendant la période où ils exercent leur fonction, ainsi que des autres personnes dont l'immunité est reconnue par le droit international »⁴⁰¹.

146. On retiendra également un certain nombre d'affaires pénales internes, évoquées précédemment, qui intéressent des accusations de crimes de droit international. Ainsi, en 2001, la Cour de cassation française, dans l'affaire *Kadhafi*, a cassé la décision d'une juridiction inférieure qui avait déclaré qu'« aucune immunité ne pouvait s'appliquer dans le cas de complicité en vue de détruire des

³⁹⁶ Ibid., par. 61.

³⁹⁷ Ibid.

³⁹⁸ Voir la section 20 de la loi britannique de 1978 sur l'immunité des États et la section 36 de la loi australienne de 1985 sur les immunités des États étrangers. Il semble que personne n'ait proposé d'interpréter la référence à l'application de l'immunité diplomatique avec « toutes les modifications nécessaires » comme impliquant une forme quelconque de restriction à cette immunité. Toutefois, l'absence de référence à une exception devrait être considérée avec prudence : comme l'a fait observer Lord Browne-Wilkinson dans l'affaire *Pinochet* n° 3, en adoptant la section 20 de la loi sur l'immunité des États, « le Parlement n'a pu entendre accorder aux chefs d'État ou anciens chefs d'État des droits plus importants que ceux dont ils jouissaient déjà en vertu du droit international » (*International Legal Materials*, vol. 38 (1999), p. 593). En fait, malgré le silence de la loi sur cette question, la majorité des Lords ont interprété le droit britannique de manière à reconnaître une exception à l'immunité d'un ancien chef d'État en cas de torture, conformément au droit international.

³⁹⁹ Voir, cependant, le raisonnement de la Cour de cassation belge en ce qui concerne M. Sharon, décrit ci-après.

⁴⁰⁰ Loi du 16 juin 1993 relative à la répression des violations graves de droit international humanitaire, *Moniteur* du 5 août 1993, modifiée par la loi du 10 février 1999, *Moniteur belge* du 23 mars 1999.

⁴⁰¹ Loi modifiant la loi du 16 juin 1993 relative à la répression des violations graves du droit international humanitaire, *Moniteur* du 7 mai 2003 (versions française et anglaise dans *International Legal Materials*, vol. 42 (2003), p. 1258 à 1283).

biens au moyen d'une explosion meurtrière et impliquant un acte terroriste » et a accordé l'immunité au colonel Kadhafi⁴⁰². Même après la dernière modification de la loi de 1993, la Cour de cassation belge a déclaré inadmissibles les poursuites pénales exercées contre M. Sharon, Premier Ministre israélien, pour génocide, crimes contre l'humanité et crimes de guerre, motif pris de ce que « la coutume internationale s'oppose à ce que les chefs d'État et de gouvernement en exercice puissent, en l'absence de dispositions internationales contraires s'imposant aux États concernés, faire l'objet de poursuites devant les juridictions pénales d'un État étranger ». La Cour a conclu, en particulier, que le paragraphe 3 de l'article 5 de la loi originelle de 1993 « contreviendrait au principe de droit pénal coutumier international précité si elle était interprétée comme ayant pour objet d'écarter l'immunité que ce principe consacre » et que « [cette disposition] ne peut donc avoir cet objet mais doit être comprise comme excluant seulement que la qualité officielle d'une personne puisse entraîner son irresponsabilité pénale à raison des crimes de droit international énumérés par la loi »⁴⁰³. En 2004, les tribunaux britanniques ont accordé l'immunité à M. Mugabe, Président du Zimbabwe, à l'occasion d'une affaire née d'allégations de torture⁴⁰⁴. De même, deux tribunaux britanniques ont invoqué l'immunité telle que définie par la Cour internationale de Justice, pour ne pas décerner de mandat d'arrêt contre le Ministre israélien de la défense (du chef de violations graves de la quatrième Convention de Genève) et le Ministre chinois du commerce (du chef d'entente en vue de commettre la torture)⁴⁰⁵. La solution dégagée par la Cour internationale de Justice a également inspiré l'Audiencia Nacional espagnole qui a récemment décidé d'accorder l'immunité à M. Kagame, actuel Président du Rwanda, accusé de génocide, de crimes contre l'humanité, de crimes de guerre et d'actes terroristes⁴⁰⁶. On l'a vu plus haut, les Lords saisis de l'affaire *Pinochet* n° 3, ont précisé que le général Pinochet aurait joui de l'immunité vis-à-vis des chefs de torture s'il avait été en fonctions au moment du procès⁴⁰⁷.

⁴⁰² Affaire *Kadhafi*, op. cit. note 236, p. 474). En ce qui concerne l'argument selon lequel cette décision pourrait être interprétée comme une reconnaissance implicite des exceptions à l'immunité *ratione personae*, voir ci-après dans le texte.

⁴⁰³ *H.S.A. et consorts. c. S.A. et consorts*, op. cit. note 319, p. 600 et 601.

⁴⁰⁴ *Tatchell v. Mugabe*, op. cit. note 237, p. 770.

⁴⁰⁵ Voir, respectivement, *Re General Shaul Mofaz*, op. cit. note 367, p. 771 à 773, et *Re Bo Xilai*, op. cit. note 368, p. 713 à 715. Dans son commentaire concernant la première décision, Colin Warbick fait observer que le juge, tout en invoquant l'affaire *Pinochet* n° 3, ne recherche pas si l'argument considéré comme décisif par les Lords dans cette affaire s'étendrait à de graves violations des Conventions de Genève. Il fait en outre observer que le jugement « n'invoque nul argument selon lequel l'immunité pourrait être limitée par la nature des accusations (violations graves), en acceptant sans aucun doute que cette question avait été réglée par la Cour internationale de Justice » (*ICLO*, vol. 53 (2004), p. 773 et 774).

⁴⁰⁶ *Auto del Juzgado Central de Instrucción n° 4* (2008), p. 151 à 157. Comme il est noté dans ledit jugement (ibid., p. 152 et 153), l'Audiencia Nacional a conclu dans le même sens à l'occasion de poursuites pénales pour crimes internationaux, exercées contre le Président cubain (*Auto del Pleno de la Sala de lo Penal*, op. cit.), le Roi du Maroc et le Président de la Guinée équatoriale.

⁴⁰⁷ Voir les passages mentionnés dans la note de bas de page 237 supra. Pour des observations sur cet aspect de la décision des Lords, voir : Cosnard, (1999), op. cit. note 226, p. 322 et 323; et Santiago Villalpando, « L'affaire *Pinochet* : beaucoup de bruit pour rien? L'apport au droit international de la décision de la Chambre des Lords du 24 mars 1999 », *Revue générale de droit international public*, vol. 104 (2000), p. 418 à 420.

147. La solution retenue par la Cour internationale de Justice dans l'affaire du *Mandat d'arrêt* a également la faveur d'une partie de la doctrine⁴⁰⁸. Au cours des travaux à l'Institut de droit international, le Rapporteur a fait valoir que, si l'on pouvait estimer qu'il serait opportun d'apporter une exception à l'immunité du chef d'État en fonctions en cas de crimes internationaux ou d'autres infractions particulièrement sérieuses, on ne saurait dans l'immédiat tenir cette exception pour acquise⁴⁰⁹. Aussi a-t-il proposé qu'il ne devrait pas y avoir d'exception à la règle de l'immunité absolue de juridiction pénale du chef d'État en exercice⁴¹⁰. Cette proposition a été acceptée en général par les membres de l'Institut⁴¹¹ de sorte que l'article 2 de la résolution adoptée en définitive par l'Institut n'envisage aucune exception à l'immunité de juridiction pénale du chef d'État en exercice.

148. L'immunité *ratione personae* même à raison de crimes internationaux est généralement justifiée par la nécessité d'assurer l'exercice effectif des fonctions du responsable concerné au nom de l'État (qui semble être particulièrement importante lorsque la personne concernée est un fonctionnaire de haut rang et pendant son mandat) et le bon fonctionnement du réseau des relations interétatiques⁴¹². Cette idée retenue en particulier par la Cour internationale de Justice dans l'affaire du

⁴⁰⁸ Cette solution est également soutenue par des auteurs qui considèrent qu'au contraire, l'immunité *ratione materiae* ne devrait pas faire obstacle à des poursuites pour crimes internationaux. Voir, par exemple, Dapo Akande, « International law immunities and the International Criminal Court », *The American Journal of International Law*, vol. 98 (2004), p. 411; Cassese, « Peut-on poursuivre ... », op. cit. note 206, p. 855 et 864 et 865; Klingberg, op. cit., p. 551; Mary Margaret Penrose, « It's Good to Be the King!: Prosecuting Heads of State and Former Heads of State Under International Law », *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 39 (2000), p. 200; Salmon, (1994), op. cit. note 375, p. 596 à 599 (lorsque le chef d'État est en visite officielle, il réside ouvertement dans un État étranger ou est absent de l'État d'origine); Tunks, op. cit. note 226, p. 678; et Verhoeven, « Quelques réflexions sur l'affaire... », op. cit. note 343, p. 533 et 536.

⁴⁰⁹ Verhoeven, « Rapport provisoire », op. cit. note 207, p. 519.

⁴¹⁰ Ibid., p. 548 et 549.

⁴¹¹ À la 13^e Commission, voir en particulier les prises de position de Salmon (Institut, *Annuaire*, op. cit. note 4, p. 563 à 567) et Fox (ibid., p. 580 et 581). Au cours de l'examen de l'article 2 en séance plénière (ibid., p. 649 à 654), le principe de l'immunité absolue mentionné dans le texte de cette disposition a été accepté, mais les débats ont également eu pour objet de déterminer si l'article 11 devait contenir, comme l'avait proposé la 13^e Commission, une clause garantissant le « développement indispensable du droit pénal international, et particulièrement celui des règles assurant la répression des crimes de caractère international » (cette référence a été supprimée dans le texte final de la résolution). Au cours du débat général, Abi-Saab (ibid., p. 626) a affirmé que l'immunité *ratione personae* ne jouerait pas dans le cas de crimes internationaux : « L'immunité des chefs d'État ne pouvait pas être appliquée dans le cas de crimes internationaux, c'est-à-dire de crimes couverts par le droit international général. À l'heure actuelle, il n'y avait que trois catégories "principales" de ce type de crimes, à savoir les crimes de guerre, les crimes contre l'humanité et le génocide. L'immunité n'existait pas en ce qui concerne ces crimes pour quiconque et elle n'existait pas *ab initio*, et pas seulement lorsque les fonctions officielles de l'accusé avaient pris fin. »

⁴¹² *Mandat d'arrêt ...*, Opinion individuelle commune des juges Higgins, Kooijmans et Buergethal, par. 75. Comme l'ont fait observer ces juges, la question d'une exception éventuelle à l'immunité reflète une mise en balance d'intérêts. D'un côté, il y a « l'intérêt de la communauté humaine, à savoir prévenir et faire cesser l'impunité des auteurs de crimes graves commis contre ses membres », de l'autre, il y a « l'intérêt de la communauté des États, à savoir permettre à ceux-ci d'agir librement au niveau interétatique sans ingérence injustifiée » (ibid.).

Mandat d'arrêt, est également connue de la jurisprudence interne⁴¹³ ou de la doctrine⁴¹⁴.

149. Toutefois, même à la suite de l'arrêt de la Cour de 2002, cette solution, critiquée dans les opinions de certains juges jointes à l'arrêt, reste controversée. Tout en étant d'accord avec le dispositif, les juges Higgins, Kooijmans et Buergenthal ont fait observer que, dans son raisonnement, « la Cour avait quelque peu réduit l'importance des arguments de la Belgique » et ont douté de l'importance pratique des circonstances mises en évidence par la Cour au paragraphe 61 où l'immunité ne ferait pas obstacle à des poursuites pénales⁴¹⁵. Dans son opinion dissidente, le juge Al-Khasawneh a déclaré ce qui suit : « la lutte effective contre les crimes graves revêt désormais le caractère de *jus cogens*, ce qui reflète la reconnaissance par la communauté internationale des intérêts et valeurs communautaires vitaux qu'elle cherche à protéger et renforcer. En conséquence, lorsque cette norme hiérarchiquement plus élevée entre en conflit avec les règles régissant l'immunité, elle devrait prévaloir »⁴¹⁶. Dans son opinion dissidente, la juge ad hoc Van den Wyngaert a considéré qu'il y avait un « problème fondamental » dans l'approche générale de la Cour « qui néglige toute l'évolution récente du droit international pénal moderne qui tend à instituer une obligation individuelle de rendre compte des crimes internationaux les plus graves », préférant « une approche extrêmement minimaliste, en adoptant une interprétation très réductrice des “clauses d'exclusion de l'immunité” figurant dans les instruments internationaux »⁴¹⁷.

150. La thèse selon laquelle l'immunité *ratione personae* ne ferait pas obstacle à des poursuites pénales à raison de crimes de droit international peut trouver fondement dans certains éléments de la pratique des États. Ainsi qu'il est dit plus haut, s'il est généralement admis que l'article 27 du Statut de Rome doit être interprété comme excluant le moyen de défense tiré de l'immunité devant la seule

⁴¹³ Voir, dans l'affaire *Pinochet* n° 3, Lord Philips of Worth Matravers, p. 657. Dans la même affaire, Lord Hope of Craighead a proposé une explication différente, fondée sur le caractère prétendument de *jus cogens* de la règle octroyant l'immunité *ratione personae* à tout chef d'État en exercice (ibid., p. 624); pour une critique de cette résolution, voir Villalpando, op. cit. note 407, p. 419.

⁴¹⁴ Voir, par exemple, Verhoeven, « Rapport provisoire », op. cit. note 207, p. 519 (« il demeure difficile d'admettre qu'un chef d'État, notamment lorsqu'il est de passage dans un État étranger, puisse y être poursuivi pénalement – et le cas échéant détenu – sur la seule base des allégations d'un particulier, national ou étranger, qui lui reproche, à tort ou à raison, des comportements criminels. Le (bon) fonctionnement des rapports internationaux risquerait d'en être sérieusement perturbé »).

⁴¹⁵ *Mandat d'arrêt* ..., opinion individuelle commune des juges Higgins, Kooijmans et Buergenthal, *Mandat d'arrêt* ..., par. 78.

⁴¹⁶ Opinion dissidente du juge Al-Khasawneh, ibid., par. 7. Il a également critiqué ce qu'il considérerait comme une distinction artificielle établie par la Cour entre l'immunité invoquée par la défense comme argument de fond, d'une part, et comme argument de procédure, d'autre part (ibid., par. 5) et les circonstances mises en évidence par la Cour au paragraphe 61 de son arrêt (ibid., par. 6).

⁴¹⁷ Opinion dissidente de la juge ad hoc Van den Wyngaert, ibid., par. 27. Dans les pages suivantes, la juge Van den Wyngaert appuie l'appréciation faite par le juge Al-Khasawneh de ce mouvement, en faisant référence à différentes sources. Elle critique ensuite deux propositions précises contenues dans l'arrêt de la Cour, à savoir la distinction entre moyens de fond et de procédure, et l'idée selon laquelle les immunités ne font pas obstacle aux poursuites (comme il ressort du paragraphe 61 de l'arrêt).

Cour pénale internationale⁴¹⁸, certaines lois nationales d'application du Statut semblent écarter l'immunité en cas de poursuites pénales internes du chef de crimes de droit international⁴¹⁹. Lors d'une action en dommages-intérêts intentée contre la République islamique d'Iran et certains de ses responsables, par les ayants droit d'un étudiant d'université tué lors d'un attentat-suicide en Israël, un tribunal de district aux États-Unis a déclaré que le moyen de défense tiré de l'immunité du chef d'État est irrecevable en cas d'actions tirant fondement de l'exception de terrorisme d'État envisagée par la loi relative aux immunités souveraines des États étrangers⁴²⁰. Dans une ordonnance du 6 novembre 1998 de poursuites pénales contre Pinochet pour crimes de droit international, un juge d'instruction belge a fait observer, en des termes généraux qui semblaient s'appliquer également à des chefs d'État en exercice, que l'immunité reconnue aux chefs d'État ne semblait pas jouer en présence de crimes de droit international, tels que les crimes de guerre, les crimes contre la paix et les crimes contre l'humanité⁴²¹. La doctrine a également interprété l'arrêt de 2001 de la Cour de cassation française dans l'affaire *Kadhafi* comme admettant implicitement que le droit international ne reconnaît pas, pour d'autres crimes, des exceptions à l'immunité des chefs d'État en exercice, encore que la portée exacte de ces exceptions reste à préciser⁴²². En fait, pour accorder l'immunité au colonel Kadhafi, la Cour de cassation a invoqué la thèse selon laquelle « en l'état du droit international, le crime dénoncé, quelle qu'en soit la gravité, ne relève pas des exceptions au principe de l'immunité de juridiction des chefs d'État étrangers en exercice »⁴²³.

151. Cette exception à l'immunité *ratione personae* a la faveur d'une partie de la doctrine. On a fait valoir, par exemple, que la tendance générale en droit international en faveur de l'acceptation du principe de la responsabilité pénale individuelle quelle que soit la qualité officielle de la personne concernée influencerait également sur l'immunité, y compris celle de hauts responsables en fonctions. Il est ainsi fait référence à divers instruments et décisions judiciaires qui ont retenu la

⁴¹⁸ Voir, par exemple, Gaeta, op. cit. (2002) note 195, p. 996.

⁴¹⁹ Voir, par exemple, la section 4 de la loi sud-africaine n° 27 de 2002 sur l'application du Statut de Rome de la Cour pénale internationale ou le paragraphe 3 de l'article 6 de la loi croate du 4 novembre 2003 sur l'application du Statut de la Cour pénale internationale et la répression des crimes contre le droit de la guerre et le droit humanitaire (voir également première partie, sect. D) *supra*).

⁴²⁰ *Flatow v. Islamic Republic of Iran*, p. 24 et 25. Toutefois, on soulignera que : a) cette décision semble être isolée; b) il s'agissait de poursuites au civil; et c) elle s'appuyait sur la théorie selon laquelle « l'immunité d'un chef d'État est une question de grâce et de courtoisie, plutôt qu'une question de droit » (ibid., p. 24).

⁴²¹ Ordonnance de Damien Vandermeersch, juge d'instruction au tribunal de première instance de Bruxelles, 6 novembre 1998, sect. 3.1, *Revue de droit pénal et de criminologie*, vol. 79, n° 2, Bruxelles, Palais de Justice, p. 278), sect. 3.2 se référant, à l'appui de cette déclaration, à Eric David, *Éléments de droit pénal international* (Bruxelles, Presses universitaires de Bruxelles, 1997-1998), p. 36 et 37 et au jugement du Tribunal militaire international de Nuremberg.

⁴²² Voir, par exemple, Marco Sassöli, « L'arrêt Yerodia : quelques remarques sur une affaire au point de collision entre les deux couches du droit international », *Revue belge de droit international*, vol. 106 (2002), p. 808; et Zappalà, op. cit. note 214, p. 600 et 601.

⁴²³ Affaire *Kadhafi*, op. cit. note 236, p. 509 : (« en l'état du droit international, le crime dénoncé, quelle qu'en soit la gravité, ne relève pas des exceptions au principe de l'immunité de juridiction des chefs d'État étrangers en exercice »), « 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 ».

responsabilité de chefs d'État, de chefs de gouvernement et d'autres fonctionnaires à raison de crimes de droit international, y compris l'article 227 du Traité de Versailles⁴²⁴; les Statuts et jugements des tribunaux militaires internationaux de Nuremberg et de Tokyo⁴²⁵; les Statuts des tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda⁴²⁶; et le Statut de Rome de la Cour pénale internationale, etc.⁴²⁷ Dans ce contexte, on a également mentionné le projet de code

⁴²⁴ En ce qui concerne l'importance de ce précédent en particulier, voir la Commission sur la responsabilité des auteurs de crimes de guerre et sur l'application de peines, 29 mars 1919, Fondation Carnegie pour la paix internationale, Division de la Cour internationale, Monographie n° 32 : « selon la hiérarchie des personnes exerçant l'autorité, rien ne justifie que la qualité si élevée soit-elle puisse en quelque circonstance protéger le titulaire de sa responsabilité dès lors que cette responsabilité a été établie par un tribunal régulièrement constitué. Il en va ainsi même des chefs d'État. Un argument contraire a été tiré de l'immunité, et en particulier de l'inviolabilité, dont jouirait le souverain d'un État. Toutefois, lorsqu'il est reconnu, ce privilège, loin d'être fondamental, est purement d'opportunité pratique en droit interne. Cependant, même si, dans certains pays, le souverain est exempté de poursuites devant les tribunaux internes, il en va tout différemment du point de vue du droit international ... Étendre l'immunité du souverain au-delà des limites susmentionnées impliquerait de poser en principe que les pires violations des lois et coutumes de la guerre et des lois de l'humanité, si elles étaient prouvées, ne pourraient en aucun cas être punies. Une telle conclusion heurterait la conscience de l'humanité civilisée ». (Reproduit dans *AJIL*, vol. 14 (1920), p. 116).

⁴²⁵ Voir surtout le *dictum* du Tribunal de Nuremberg selon lequel : « Le principe du droit international qui, dans certaines circonstances, protège les représentants d'un État 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 se soustraire à la procédure normale ou se mettre à l'abri du châtiment » (Procès des grands criminels de guerre devant le Tribunal militaire international, Nuremberg, 14 novembre 1945-1^{er} octobre 1946. Édition française officielle publiée par le secrétariat du Tribunal sous la juridiction des Autorités alliées de contrôle pour l'Allemagne, Nuremberg (Allemagne), 1947, p. 41 et 42). Dans son « Rapport au Président Truman sur la base juridique du procès des criminels de guerre », le juge Robert H. Jackson a déclaré : « Il ne faudrait pas non plus voir dans le moyen de défense la théorie dépassée selon laquelle le chef d'État est exempt de responsabilité juridique. Il y a fort à parier que cette théorie est une survivance de la théorie du droit divin des rois. De toute façon, elle n'est pas conforme au traitement que nous réservons à nos responsables, qui sont fréquemment poursuivis par des citoyens pour violation de leurs droits. Nous n'acceptons pas le paradoxe selon lequel la responsabilité juridique devrait être la moindre lorsque le pouvoir est le plus grand. Nous souscrivons au principe de la responsabilité du gouvernement énoncé il y a environ 3 siècles au roi Jacques par le juge Lord Coke, qui a proclamé que même le roi est toujours soumis "à Dieu et à la loi" » (voir le site www.yale.edu/lawweb/avalon/imt/jackson/jack08.htm).

⁴²⁶ Art. 7 et 6, respectivement.

⁴²⁷ Voir, en particulier, Watts, op. cit. note 58, p. 54 (l'immunité du chef de l'État « bien qu'elle soit absolue au moins en ce qui concerne le droit pénal interne commun des autres États, doit être nuancée en ce qui concerne certains crimes internationaux, tels que les crimes de guerre »; ce passage vise le chef d'État en exercice, la même exception étant réitérée en ce qui concerne un ancien chef d'État à la page 89, note 198) ou Rousseau, op. cit. note 240, p. 125 et 126 (« (Le caractère absolu de cette immunité [du chef de l'État] n'était pas contesté dans la doctrine classique, selon laquelle le chef de l'État, pas plus qu'aucun membre de sa famille ou de sa suite, n'était en aucun cas justiciable de la juridiction criminelle étrangère. Le principe doit toutefois être considéré aujourd'hui comme abandonné dans le cas où une violation du droit international est imputable à un chef d'État »), invoquant en particulier l'article 227 du Traité de Versailles). C'est également la thèse adoptée par Amnesty International dans *Pinochet United Kingdom: The Pinochet Case. Universal Jurisdiction and the Absence of Immunity for Crimes Against Humanity* (1^{er} janvier 1999), p. 16 à 25. Voir également, par exemple, Kerry Creque O'Neill, « A New Customary Law of Head of State Immunity? Hirohito and Pinochet », *Stanford Journal of International Law*, vol. 38 (2002), p. 295 à 298; Wouters, op. cit. note 320, p. 259 à

des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité⁴²⁸. Les tenants de cette opinion trouvent une autre justification de l'exception dans le fait que l'immunité est incompatible avec l'argument selon lequel les crimes internationaux graves relèvent de la compétence universelle ou d'autres mécanismes de répression universelle de tels crimes⁴²⁹. D'autres auteurs soutiennent plutôt que l'interdiction de certains crimes internationaux étant consacrée par une règle de *jus cogens*, elle doit, comme telle, prévaloir sur la règle de l'immunité des hauts fonctionnaires de l'État⁴³⁰. Une autre opinion s'appuie sur une approche systémique de l'évolution du système juridique international et sur l'argument selon lequel l'interdiction de certains actes en tant que crimes de droit international vise à protéger les intérêts fondamentaux de la communauté internationale dans son ensemble. Dans cette perspective, la notion même de crimes internationaux irait donc à l'encontre d'une forme quelconque d'immunité mettant à l'abri des individus en raison de leur qualité officielle⁴³¹. On reviendra sur ces différentes théories à l'occasion de l'examen de l'immunité *ratione materiae*⁴³².

152. On a proposé à ce problème certaines solutions qui tentent de concilier les intérêts en présence de la sauvegarde de l'immunité *ratione personae* et de la poursuite des crimes internationaux. Ainsi, on a fait valoir que, s'il faut privilégier la règle de l'immunité dans les cas où il n'y a pas de risque d'impunité (et, en particulier, lorsque l'État de la personne concernée est disposé et prêt à exercer sa compétence pénale à l'égard de cette personne), la compétence pénale étrangère doit pouvoir s'exercer lorsque cela n'est pas le cas. Ainsi, l'immunité *ratione personae* cesserait de jouer lorsque les tribunaux de l'État auquel appartient l'organe concerné est sans compétence à l'égard des crimes qui auraient été commis par cet organe, ou lorsqu'il y a des raisons impérieuses de penser que cet État ne poursuivrait pas les crimes commis ou que des règles internes spéciales relatives au statut particulier de la personne en cause feraient obstacle à l'arrestation de cette personne et à l'exercice de poursuites contre elle par les autorités compétentes.⁴³³

153. Selon une autre théorie, l'immunité *ratione personae* ne devrait être accordée qu'en cas de visites officielles, qui sont essentielles pour la conduite des relations internationales, pouvant au contraire être rejetée lorsque la personne en cause

261.

⁴²⁸ Notamment l'article 7 du projet de code et le paragraphe 7 du commentaire de la Commission à ce sujet : (*Annuaire ... 1996*, vol. II, deuxième partie, p. 27). Pour le texte de l'article, voir la première partie, sect. D supra. Pour un examen plus détaillé de cette déclaration, voir sect. B.3 a) ii) infra.

⁴²⁹ Voir, par exemple, Association de droit international, « Final Report on the Exercise of Universal Jurisdiction in Respect of Gross Human Rights Offences », *Report of the Sixty-ninth Conference (London, July 25th to 29th 2000)* (2000), p. 416.

⁴³⁰ Voir, par exemple, Kamto, op. cit. note 320, p. 526 à 529; et Robertson, op. cit. note 207, p. 408 et 409.

⁴³¹ Bianchi, op. cit. (1999) note 221, p. 260 à 262 et 276 et 277. Voir également Rosanne van Alebeek, « The Pinochet Case: International Human Rights Law on Trial », *British Year Book of International Law*, vol. LXXI (2000), p. 49.

⁴³² Voir supra, sect. B.

⁴³³ Voir Gaeta, op. cit. (2002) note 195, p. 986 à 989. L'auteur précise toutefois que l'interprétation suggérée ne s'appliquerait pas aux chefs d'État en exercice, qui exercent des fonctions constitutionnelles importantes et délicates, car l'organisation et le fonctionnement de l'État étranger s'en trouveraient compromis.

voyage à titre privé⁴³⁴. Dans le même sens, une théorie un peu plus développée voudrait que l'immunité *ratione personae* puisse être refusée dans le cas de visites privées, mais uniquement s'il peut être prouvé que les autorités compétentes de l'État exerçant sa compétence (ou un organe international compétent, tel que la Cour pénale internationale ou le Conseil de sécurité agissant en vertu du Chapitre VII de la Charte) ne considèrent pas (ou plus) cette personne comme un homologue convenable dans les relations internationales⁴³⁵.

B. Immunité *ratione materiae*

154. À la différence de l'immunité *ratione personae*, traitée dans la section qui précède, l'immunité *ratione materiae* couvre les seuls actes officiels, c'est-à-dire la conduite adoptée par le représentant de l'État dans l'exercice de ses fonctions. Cette portée limitée de l'immunité *ratione materiae* semble-t-il nullement contestée par la doctrine⁴³⁶ a été confirmée par la jurisprudence interne⁴³⁷. Dans son arrêt récent en l'affaire *Djibouti c. France*, la Cour internationale de Justice a évoqué à cette occasion les « actes accomplis dans le cadre [des] fonctions [des représentants concernés] en tant qu'organes de l'État »⁴³⁸. À cet égard, il se pose un certain

⁴³⁴ De Smet, Leen et Naert, Frederik, « Making or breaking international law? An international law analysis of Belgium's act concerning the punishment of grave breaches of international humanitarian law », *Revue belge de droit international*, vol. 35 (2002), p. 471 à 511.

⁴³⁵ Voir Zappalà, op. cit. note 214, p. 600 et 605 et 606. Selon l'auteur, le déni d'immunité *ratione personae* lorsque l'État a accepté la visite officielle d'un chef d'État étranger porterait atteinte d'une manière intolérable aux relations internationales. La condition supplémentaire mise au déni de l'immunité dans le cas de visites privées a pour objet de garantir que le chef d'État ne soit pas pris par surprise et d'éviter les abus : à cette fin, « il faudrait avertir la personne qu'elle n'est pas bienvenue dans un pays étranger » (ibid.). L'auteur fait également remarquer que « les tribunaux internes pourraient également invoquer des principes de retenue », notamment dans les États où des particuliers peuvent engager des poursuites pénales. Il fait observer en outre que, si cette solution « a le défaut d'introduire des considérations d'ordre politique et politique dans l'administration de la justice », elle « semble trouver fondement dans le caractère hautement délicat des questions dont il s'agit » (ibid.).

⁴³⁶ Voir, en particulier, les auteurs cités plus haut, note 207.

⁴³⁷ Ladite limitation a été reconnue par les tribunaux internes à l'occasion de poursuites au pénal et au civil. Voir *Ferdinand et Imelda Marcos c. Office fédéral de la police*, op. cit. note 206; Cour d'appel du deuxième circuit, *Republic of the Philippines v. Marcos and others*, 26 novembre 1986, 806 F.2d 344 (1986), p. 360, *International Law Reports*, vol. 81, p. 581 à 599 (reconnaissant l'immunité d'un ancien chef d'État, mais pas au regard d'actes privés); Cour d'appel du cinquième circuit, *Marcos Perez Jimenez, Appellant v. Manuel Aristeguieta, Intervenor, Appellee, and John E. Maguire, Appellee*, 12 décembre 1962, 311 F.2d 547, *International Law Reports*, vol. 33, p. 353 à 359 (excluant l'invocation de l'acte de l'État pour des actes privés); et Cour d'appel de Paris, *Ex-Roi Farouk d'Égypte c. Christian Dior*, 11 avril 1957, op. cit. note 227 (excluant également l'invocation de l'acte de l'État pour des actes privés). Voir également la jurisprudence citée plus haut, note 206.

⁴³⁸ *Djibouti c. France*, p. 58, par. 191. Il convient de noter toutefois que dans son arrêt, la Cour semble mettre sur le même plan l'immunité *ratione materiae* des représentants de l'État (c'est-à-dire l'immunité fonctionnelle) et l'immunité de l'État lui-même; voir ibid., p. 57, par. 187 et 188 :

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

“Ce que la partie djiboutienne demande à la Cour, c'est de reconnaître qu'un État ne saurait considérer une personne revêtant la qualité d'organe d'un autre État

nombre de questions qui tournent autour de trois points essentiels : a) le critère qui permet de faire le départ entre le comportement adopté par le représentant de l'État dans l'exercice de ses fonctions et le comportement adopté à titre privé; b) les personnes qui bénéficient de l'immunité *ratione materiae*; et c) des exceptions possibles à la règle de l'immunité *ratione materiae*, fondées sur la nature du crime allégué.

1. Actes « officiels » et actes « privés »

a) Considérations d'ordre général

155. Pour déterminer le régime juridique de l'immunité *ratione materiae*, on commencera par dégager les critères qui permettent de distinguer entre la conduite « officielle » et la conduite « privée » de l'organe de l'État.

156. La question est ici de savoir si ces critères correspondent à ceux qui gouvernent l'attribution du comportement dans le contexte de la responsabilité de l'État pour faits internationalement illicites. L'on peut dire que cette question est liée au problème général de la raison d'être de l'immunité *ratione materiae*⁴³⁹. En fait, si l'on considère l'immunité *ratione materiae* comme étant l'application du principe selon lequel le comportement de l'agent de l'État dans l'exercice de ses fonctions doit être attribuée à l'État⁴⁴⁰, il semble qu'il y ait tout lieu d'aligner le régime de l'immunité sur les règles d'imputation du comportement aux fins de la responsabilité de l'État⁴⁴¹. Cela étant, quoi qu'il en soit de ce que l'on pense de la raison d'être de l'immunité *ratione materiae* du représentant de l'État⁴⁴², les critères d'attribution du comportement dans le contexte de la responsabilité de l'État peuvent encore constituer une source d'inspiration utile s'agissant de déterminer si tel acte doit être considéré comme étant « officiel » ou « privé » aux fins de l'immunité.

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 considérés, en droit international, comme attribuables à l'État pour le compte duquel l'organe agit et non pas à l'individu-organe.»

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

⁴³⁹ Voir *supra*, par. 88 à 92, remarques liminaires de la deuxième partie.

⁴⁴⁰ Voir *supra*, note 214.

⁴⁴¹ Voir, sur ce point, *Jones*, Lord Hoffmann, par. 74 :

« Jusqu'ici, il était généralement admis que les circonstances dans lesquelles un État est responsable en vertu du droit international de l'acte d'un de ses représentants reproduisaient à l'identique les circonstances dans lesquelles le responsable bénéficie de l'immunité dans le droit interne étranger. Cette hypothèse n'est pas dénuée de logique : s'il y a une voie de recours contre l'État devant un tribunal international, il ne devrait pas y avoir également une voie de recours contre le représentant de l'État devant un tribunal national. Il ressort clairement de la jurisprudence et autres sources relatives à la responsabilité des États que l'État est responsable des actes accomplis sous le couvert d'une prérogative de puissance publique, que ces actes aient été ou non effectivement autorisés ou licites en droit interne ou international. »

⁴⁴² Le principe de la non-ingérence dans les affaires intérieures d'autres États a été également présenté comme justification de l'immunité *ratione materiae*. Voir, par exemple, *Pinochet* n° 3, Lord Saville of Newdigate, p. 642; Lord Millet, p. 645; et Lord Phillips of Worth Matravers, p. 658.

157. Les articles sur la responsabilité de l'État pour faits internationalement illicites n'établissent pas expressément des critères permettant de déterminer si le comportement de tel organe de l'État doit être considéré comme accompli dans l'exercice des fonctions officielles de cet organe. Le texte de l'article 7, qui traite des faits *ultra vires*⁴⁴³, ne fait que poser cette condition, en disposant que « cet organe, cette personne ou cette entité » doit agir « en cette qualité ». On trouve toutefois des éléments susceptibles d'éclairer cette question dans le commentaire de la Commission sur l'article 4⁴⁴⁴. Sur ce point, le commentaire précise que la considération déterminante est la « compétence apparente de l'individu et non les motifs qui inspirent son comportement ou le caractère abusif que son comportement peut revêtir :

« Peu importe à cette fin que la personne concernée ait nourri des arrière-pensées ou agi sur la base de motifs illicites ou qu'elle ait pu abuser de prérogatives de puissance publique. Lorsqu'elle agit *à titre apparemment officiel, même en se prévalant d'une compétence*, les faits en question seront attribuables à l'État. [...] Il faut se garder de confondre l'hypothèse d'un comportement purement privé avec celle d'un organe agissant en tant que tel mais *ultra vires* ou en violation de règles régissant son activité. Dans ce dernier cas, l'organe agit néanmoins au nom de l'État : ce principe est affirmé à l'article 7. Ce critère doit naturellement être appliqué compte tenu des faits et circonstances de chaque cas d'espèce. »⁴⁴⁵ (Non souligné dans l'original; note omise.)

158. L'intérêt du caractère « apparemment officiel » s'agissant de déterminer la nature « officielle » ou « privée » d'une action ou omission aux fins de l'immunité *ratione materiae* du représentant de l'État trouve quelque appui dans la doctrine⁴⁴⁶.

⁴⁴³ L'article 7, intitulé « Excès de pouvoir ou comportement contraire aux instructions », se lit comme suit :

« Le comportement d'un organe de l'État ou d'une personne ou entité habilitée à l'exercice de prérogatives de puissance publique est considéré comme un fait de l'État d'après le droit international *si cet organe, cette personne ou cette entité agit en cette qualité*, même s'il outrepassa sa compétence ou contrevient à ses instructions » (non souligné dans l'original). *Annuaire... 2001*, vol. II (deuxième partie), par. 76.

⁴⁴⁴ L'article 4, intitulé « Comportement des organes de l'État », se lit comme suit :

« 1. Le comportement de tout organe de l'État est considéré comme un fait de l'État d'après le droit international, que cet organe exerce des fonctions législative, exécutive, judiciaire ou autres, quelle que soit la position qu'il occupe dans l'organisation de l'État, et quelle que soit sa nature en tant qu'organe du gouvernement central ou d'une collectivité territoriale de l'État.

2. Un organe comprend toute personne ou entité qui a ce statut d'après le droit interne de l'État. » Ibid.

⁴⁴⁵ Par. 13 du commentaire à l'article 4, dans *Annuaire ... 2001*, vol. II (deuxième partie), par. 77, p. 42. Le caractère décisif du fait d'agir à titre « apparemment officiel » est réitéré au par. 8 du commentaire de la Commission sur l'article 7, qui précise que l'action ou l'omission d'un organe de l'État qui excède l'autorité de cet organe ou contrevient aux instructions reçues par ce dernier est néanmoins attribuable à l'État, pour autant que cet organe agissait prétendument ou apparemment sous le couvert de « ses » fonctions officielles [...]. *En somme, la question est de savoir si [les représentants de l'État] avaient apparemment qualité pour agir* » (non souligné dans l'original); *ibid.*, p. 46.

⁴⁴⁶ Voir, en particulier, Watts, *op.cit.* (1994) note 58, p. 56 : « il semble que l'élément critique soit celui de savoir si le comportement a été adopté sous le couvert ou dans l'exercice d'une prérogative de puissance publique conférée par le Chef de l'État ».

Cela étant, dans la mesure où il fait abstraction des motivations personnelles de l'individu concerné, ce critère semble s'écarter de la solution retenue par l'Institut de droit international dans sa résolution de 2001 en ce qui concerne l'immunité fonctionnelle des anciens chefs d'État ou de gouvernement⁴⁴⁷. Bien qu'il reconnaisse que les anciens chefs d'État jouissent de l'immunité à raison des actes officiels accomplis dans l'exercice de leurs fonctions⁴⁴⁸, l'article 13 de la résolution énonce une exception à cette immunité pour les cas où les actes en question ont été accomplis principalement pour satisfaire un intérêt personnel⁴⁴⁹. La doctrine a également suggéré que l'acte qui est exclusivement ou principalement motivé par des raisons personnelles ne soit pas couvert par l'immunité *ratione materiae*⁴⁵⁰. Lord Hope of Craighead s'est prononcé dans ce sens dans l'affaire Pinochet⁴⁵¹.

159. Une question connexe est celle de savoir si les actes accomplis *ultra vires* par le représentant de l'État sont couverts par l'immunité *ratione materiae*. La jurisprudence hésite sur la question générale de l'immunité à raison d'actes *ultra vires*. Certes, l'immunité invoquée a parfois été rejetée dans certaines affaires⁴⁵², mais il a été

⁴⁴⁷ Selon l'article 16 de cette résolution, les articles 13 et 14 sont également applicables aux anciens chefs de gouvernement.

⁴⁴⁸ Voir art. 13, par. 2, de la résolution, qui stipule que l'ancien chef d'État ne 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 participe de leur exercice [...] »; Institut, *Annuaire*, op.cit. p. 753.

⁴⁴⁹ Ibid.

⁴⁵⁰ Voir, en particulier, Robertson, op. cit. note 207, p. 402 (« [...] les anciens chefs d'État, ainsi que les agents, tels que les généraux, les chefs de la police et les ministres, ne bénéficient que d'une immunité (*ratione materiae*) restreinte, qui couvre tous les actes accomplis officiellement mais ne s'étend pas aux mesures prises à des fins de gratification privée. »).

⁴⁵¹ *Pinochet* n° 3, p. 622. À ce sujet, Lord Hope of Craighead évoquait une exception en matière d'immunité *ratione materiae* en cas « d'acte criminel que le chef d'État a accompli sous le couvert de ses prérogatives de chef d'État mais qui servait en réalité son plaisir ou son profit ». Cette thèse a été critiquée par Lord Hoffmann dans l'affaire *Jones* devant la Chambre des Lords (par. 92).

⁴⁵² Voir la jurisprudence de plusieurs tribunaux des États-Unis en matière civile; voir, par exemple, tribunal du district nord de la Californie, *Jane Doe I, et al., Plaintiffs v. Liu Qi, et al., Défendants; requérant A, et al., Plaintiffs v. Xia Deren, et al., Défendants*, n°s C 02-0672 CW, C 02-0695 CW, 349 F. Supp.2d 1258, p. 1285 et suiv. (appliquant la loi des États-Unis sur l'immunité à une procédure engagée par des adeptes du Falun Gong contre des fonctionnaires d'autorités locales de la République de Chine, le tribunal de district a considéré que « le simple fait que des actes ont été commis sous le couvert de la loi ou d'une prérogative de puissance publique, qui peut fonder la responsabilité de l'État par attribution, ne suffit pas à conférer aux fonctionnaires l'immunité de l'État souverain ». La Cour a considéré que la question juridique posée était de savoir « si les actes accomplis par un fonctionnaire qui viole les lois officielles de son pays mais sont autorisés par une politique officieuse clandestine de l'État peuvent être considérés comme entrant dans le champ d'attribution du fonctionnaire en question au sens de la loi sur l'immunité de l'État souverain », puis elle a rejeté la revendication d'immunité des défendeurs au motif que les violations des droits de l'homme alléguées étaient « incompatibles avec le droit chinois » (ibid., p. 1287 et 1288). Outre d'autres affaires mentionnées dans la décision du tribunal de district (ibid., p. 1282 et 1283), voir aussi Cour d'appel du neuvième circuit, *In re Estate of Ferdinand Marcos, Human Rights Litigation, Maximo Hilao, et al., Class Plaintiffs; Vicente Clemente, et al., Class Plaintiffs; Jaime Piopongco, et al., Class Plaintiffs, Plaintiffs-Appellees, v. Estate of Ferdinand Marcos, Defendant-Appellant*, 16 juin 1994, 25 F.3d 1467, *International Law Reports*, vol. 104, p. 199 à 133 (la Cour a estimé que les actes de tortures, d'exécutions et de disparitions forcées n'étaient pas couverts par les pouvoirs conférés au Président Marcos même lorsqu'il était en fonctions et que, en conséquence, l'immunité ne pouvait s'appliquer); tribunal du district du Massachussets, *Teresa Xuncax, et al., Plaintiffs, v. Hector Gramajo, Defendant*, 12 avril 1995; *Dianna Ortiz*, 12 avril 1995, *Plaintiff, v. Hextor*

aussi soutenu que l'immunité des représentants de l'État au regard d'actes commis dans l'exercice de leurs fonctions n'est pas tributaire de la licéité ou de l'illicéité de ces actes⁴⁵³. La thèse selon laquelle l'immunité *ratione materiae* joue y compris pour les actes *ultra vires* a été apparemment adoptée dès 1797 par l'Attorney general des États-Unis dans l'affaire du *Gouverneur Collot*⁴⁵⁴. Cette thèse pourrait être fondée sur le principe – clairement reconnu par la Commission dans l'article 7 du projet d'articles sur la responsabilité des États – selon lequel les actes *ultra vires* demeurent attribuables à l'État aux fins de la responsabilité⁴⁵⁵. Toutefois, on trouve

Gramajo, Defendant, arrêt du 15 avril 1995, 886 F.supp. 162, p. 175 (le tribunal a refusé l'immunité à un ancien ministre de la défense guatémaltèque parce que les actes allégués (exécutions sommaires, disparitions forcées, tortures, détentions arbitraires, traitements cruels, inhumains et dégradants) étaient « exorbitants de tout ce qui pouvait être considéré comme ayant fait légalement partie des attributions officielles de Gramajo), et tribunal du district sud de New York, *Bawol Cabiri, Plaintiff v. Baffour Assasie-Gyimah, Defendant*, 18 avril 1996, 921 F.Supp.1189, p. 1198 (en refusant l'immunité au défendeur, un agent de sécurité ghanéen, le tribunal de district a fait remarquer qu'« Assasie-Gyimah ne prétend pas que les actes de torture qu'il est présumé avoir commis entrent dans le champ de ses attributions. Il ne fait pas valoir que de tels actes ne sont pas interdits par les lois du Ghana, et il ne saurait le faire. [...] Le tribunal estime que les actes de torture qui auraient été commis par Assasie-Gyimah sortent du champ de ses attributions en tant que chef adjoint de la Sécurité nationale du Ghana. En conséquence, l'immunité souveraine prévue dans la loi sur l'immunité de l'État souverain ne le protège pas des revendications de Cabiri).

⁴⁵³ Voir, par exemple, s'agissant d'affaires jugées au civil, l'opinion exprimée par Lord Bingham of Cornhill dans la décision de la Chambre des Lords en l'affaire *Jones*, par. 12; et l'arrêt rendu le 17 juin 1993 par la Cour d'appel de l'Ontario en l'affaire *Jaffe c. Miller*, 13. O.R.(3d) 745 (« À mon avis, l'utilisation d'adjectifs pour décrire le comportement des défendeurs ne saurait priver ces derniers de leur statut de fonctionnaire d'un État souverain. Le caractère illégal et malveillant des actes allégués ne saurait en lui-même sortir les actes en question du champ des fonctions officielles des défendeurs ») et p. 461 et 462 (« En conséquence, même si l'on tient compte de la nouvelle approche restrictive de l'immunité, s'il y a immunité, que ce soit en vertu de la *common law* ou en vertu de la loi sur l'immunité de l'État souverain, elle est absolue. À mon avis, l'illégalité alléguée ne prive pas les défendeurs de leur immunité, que ce soit en *common law* ou en vertu de la loi sur l'immunité des États »). Voir également le tribunal du district de l'Illinois (Division est), *Plaintiffs A, B, C, D, E, F, and Others Similarly Situated, Wei Ye et Hao Wang, Plaintiffs, v. Jiang Zemin and Falun Gong Control Office (A.K.A. Office 6/10), Defendants*, n° 02 C 7530, 12 septembre 2003, 282 F.Supp.2d 875, p. 883 (« Les États ne peuvent faire l'objet de réclamations fondées sur l'allégation "d'abus de pouvoir de la police [d'un État]" parce que "aussi monstrueux que ces abus puissent sans doute être, l'exercice par un État étranger du pouvoir de sa police est depuis longtemps reconnu aux fins de la théorie restrictive comme étant de caractère éminemment souverain", *Saudi Arabia v. Nelson*, 507 US 349, 361, 113 S.Ct. 1471, 123 L.Ed2d 47 (1993). A fortiori, il en va de même pour un chef d'État. »)

⁴⁵⁴ Dans le cadre d'un procès civil intenté à M. Collot, Gouverneur de la Guadeloupe, l'Attorney general des États-Unis précisait : « Je suis enclin à penser, s'il est admis que la saisie du vaisseau était un acte officiel, accompli par le défendeur en vertu, ou sous le couvert, des pouvoirs qui lui sont conférés en tant que gouverneur, qu'il s'agira en soi d'une réponse suffisante à l'action du requérant; que le défendeur ne saurait avoir à répondre devant nos tribunaux d'une quelconque simple irrégularité dans l'exercice de ses pouvoirs; et que l'étendue de ses pouvoirs ne peut, par correction ou convenance, être déterminée que par les autorités constituées de son propre pays » (souligné dans l'original), in J. B. Moore, *A Digest of International Law* (1906), vol. II, p. 23.

⁴⁵⁵ Voir sur ce point, Mizushima Tomonori, « The Individual as Beneficiary of State Immunity: Problems of the Attribution of *Ultra Vires* Conduct », *Denver Journal of International Law and Policy*, vol. 29 (2000-2001), p. 276 : « Si cette question apparemment simple fait débat, c'est parce que dans le domaine de la responsabilité des États en droit international, on considère que le comportement *ultra vires* des représentants de l'État est, du moins jusqu'à un certain point,

dans la doctrine l'argument selon lequel l'immunité *ratione materiae* ne couvrirait pas les actes qui n'entrent pas dans le cadre d'un mandat officiel⁴⁵⁶.

160. Si les actes illicites ou criminels étaient regardés, par principe, comme « non officiels » aux fins de l'immunité *ratione materiae*, la notion même d'immunité serait vidée d'une bonne part de son sens⁴⁵⁷. La doctrine est cependant divisée sur la question de savoir si des violations graves du droit international – en particulier celles qui sont de nature à engager la responsabilité pénale de l'individu en droit international – mériteraient néanmoins d'être qualifiées « actes officiels » pour lesquels les représentants de l'État bénéficieraient de l'immunité *ratione materiae*. On reviendra sur la question à la sous-section consacrée à l'interaction entre l'immunité *ratione materiae* et les règles portant définition des crimes internationaux.

attribuable à l'État. Voir également l'opinion exprimée par Lord Hoffman en l'affaire *Jones*, par. 78 : « Il paraît donc évident qu'un État engage sa responsabilité en droit international si l'un de ses représentants, sous le couvert des pouvoirs qui lui sont conférés, torture un ressortissant d'un autre État, même lorsque ces actes étaient illicites et non autorisés. Considérer qu'aux fins de l'immunité de l'État, il n'agissait pas à titre officiel reviendrait à créer une asymétrie entre les règles de la responsabilité et celles de l'immunité. »

⁴⁵⁶ Voir van Alebeek, op. cit. note 431, p. 66 : « Un représentant de l'État peut, en étant – prétendument – dans l'exercice de ses fonctions officielles, commettre des actes qui n'entrent pas dans le cadre d'un mandat officiel et n'ouvrent pas droit à une protection par l'immunité *ratione materiae* » (note omise).

⁴⁵⁷ En d'autres termes, comme le relevait Lord Hope of Craighead (*Pinochet* n° 3, p. 622), « le comportement n'a pas à être licite pour être couvert par l'immunité ». Un point de vue similaire a été exprimé par Lord Goff of Chieveley, ibid., p. 599. Voir également Verhoeven, « Rapport provisoire », op. cit., p. 538, par. 39 : « [...] Quoi qu'il en soit, il n'y a guère de sens à considérer que les actes qui ont été illégalement accomplis doivent nécessairement être tenus pour « privés » au motif que la fonction d'un chef d'État – ou de tout autre agent – ne peut jamais être d'agir illégalement. [...] » (note omise). Sur la question de savoir si les actes illicites peuvent être considérés comme étant « officiels », voir également Sison, op. cit. note 375, p. 1586 : « La distinction [...] entre actes officiels et actes personnels est parfois bien loin d'être claire. À titre d'exemple, le comportement d'un chef d'État peut être illicite ou criminel. Le problème est alors de savoir si ces actes devraient être qualifiés d'actes officiels ou considérés comme ayant été accomplis à titre personnel. Dans un cas, les actes illicites ou criminels sont tout simplement des crimes de droit commun commis à titre personnel, et non des actes officiels justifiant l'immunité [note renvoyant à Watts, op. cit. note 58, p. 56 et à *Jimenez v. Aristeguieta*, op. cit., p. 353]. Toutefois, il se peut également qu'un chef d'État commette un crime en utilisant l'appareil d'État pour mener à bien ses fonctions de chef d'État. Selon ce point de vue, si l'acte criminel a été commis sous le couvert de prérogatives de puissance publique, le chef de l'État bénéficie de l'immunité de juridiction quelle que soit la légalité de l'acte en question dans le droit de son propre pays. » (note omise); Fox, op.cit. note 218, (« The Pinochet Case No. 3 »), p. 688, notant que la décision Pinochet implique « que l'on accepte, nonobstant Lord Millett, que l'autorisation d'assassinat serait, semble-t-il, une affaire officielle pour laquelle un ancien chef d'État peut revendiquer l'immunité »; et Watts, op. cit. note 58, p. 112 : « Pour les chefs de gouvernement et les ministres des affaires étrangères, il se pose le même problème que pour les chefs d'État, à savoir si le comportement criminel peut jamais être considéré comme faisant partie des fonctions officielles. Il n'y a pas de réponse facile ou directe à cette question; comme on l'a vu à propos des chefs d'État, le critère déterminant semble être celui de savoir si le comportement a été adopté ostensiblement dans l'exercice des fonctions de chef de gouvernement ou de ministre des affaires étrangères, auquel cas il devrait bénéficier de la protection continue accordée au titre des actes officiels. » (note omise). L'auteur mentionne toutefois une « exception à cette immunité continue » dans le cas des actes officiels impliquant un comportement criminel qui engagent la responsabilité individuelle en droit international »; ibid., p. 113.

161. Une autre question qu'il convient d'examiner est celle de savoir si la distinction entre *acta jure imperii* et *acta jure gestionis*, qui est apparemment pertinente dans le contexte de la responsabilité des États⁴⁵⁸, trouve application aussi dans le contexte de l'immunité *ratione materiae* des représentants de l'État. Abordée très rarement et de manière superficielle⁴⁵⁹, cette question divise la doctrine. On a certes fait valoir que la distinction entre *acta jure imperii* et *acta jure gestionis* serait aussi pertinente dans le contexte de l'immunité des représentants de l'État⁴⁶⁰, on a aussi considéré que cette distinction n'est pas pertinente dans ce contexte⁴⁶¹ et que les *acta jure gestionis* accomplis par un organe de l'État conserveraient la qualité d'actes « officiels »⁴⁶². Cette dernière opinion a été adoptée par la Cour suprême d'Autriche, qui a estimé que, à la différence de l'immunité des États, l'immunité des chefs d'État couvre aussi les *acta jure gestionis* accomplis à titre officiel⁴⁶³. Les raisons d'exclure les *acta jure gestionis* du champ de l'immunité *ratione materiae* des représentants de l'État sembleraient incertaines, quant on sait en particulier que ces actes sont attribuables à l'État, de la même manière que le sont les *acta jure imperii*⁴⁶⁴. Vu ce qui précède, il semblerait

⁴⁵⁸ La Convention des Nations Unies sur l'immunité juridictionnelle des États et de leurs biens de 2004 ne se réfère certes pas expressément à la distinction entre *acta jure imperii* et *acta jure gestionis* mais elle énumère plusieurs cas dans lesquels l'immunité de l'État ne saurait être invoquée (voir art. 10 à 17, qui traitent respectivement des « transactions commerciales », des « contrats de travail », des « atteintes à l'intégrité physique d'une personne ou dommages aux biens », de la « propriété, possession et usage de biens », de la « propriété intellectuelle et industrielle », de la « participation des sociétés ou autres groupements », des « navires dont un État est le propriétaire ou l'exploitant » et de l'« effet d'un accord d'arbitrage »). Bon nombre de ces cas semblent faire partie de ceux qui sont généralement considérés par la doctrine comme relevant de l'*acta jure gestionis*.

⁴⁵⁹ Gaeta, op. cit. (2002) note 195, p. 977 (note 4), fait allusion à cette question mais dans le contexte de l'immunité *ratione personae* des chefs d'État, premiers ministres et ministres des affaires étrangères. S'agissant de l'immunité des chefs d'État, voir également Watts, op. cit. note 58, p. 61, qui doute sérieusement qu'une telle immunité aurait été limitée aux *acta jure imperii*.

⁴⁶⁰ Voir Mirella Bojic, « Immunity of High State Representatives with regard to International Crimes: are Heads of State, Heads of Government and Foreign Ministers still Untouchable? », Mémoire de maîtrise, faculté de droit de l'Université de Lund, 2005, p. 23; et Bothe, op. cit. note 346, p. 257, déclarant que l'immunité *ratione materiae* ne s'applique probablement pas aux *acta jure gestionis*.

⁴⁶¹ Voir Cassese, « Peut-on poursuivre ... », op. cit. note 206, p. 869, note 42.

⁴⁶² Voir, en particulier van Alebeek, op. cit. note 431, p. 48, qui examine la portée de l'immunité *ratione materiae* des anciens chefs d'État : un chef d'État qui quitte ses fonctions demeure protégé par l'immunité en ce qui concerne les actes officiels qu'il a accomplis dans l'exercice de ses fonctions de chef d'État. Le consensus sur cette immunité résiduelle concernant les actes officiels est toutefois trompeur, dans la mesure où la question de savoir quels actes ont cette qualité demeure controversée [note renvoyant à la controverse relative à l'immunité résiduelle des diplomates]. L'immunité d'un ancien chef d'État va plus loin que les actes couverts par l'immunité *ratione materiae* de l'État, en ce sens que la notion d'« acte officiel accompli dans l'exercice de ses fonctions » est plus large que celle d'« actes souverains ». À titre d'exemple, un contrat commercial conclu par un chef d'État au nom de l'État n'est pas un acte « souverain » au sens de *jure imperii*, mais il aurait la qualité d'acte officiel accompli dans l'exercice des fonctions de chef d'État ».

⁴⁶³ Cour suprême, affaire de l'accident de la circulation du Prince de X, 1964, version anglaise, *International Law Reports*, vol. 65, p. 13.

⁴⁶⁴ Voir le paragraphe 6 du commentaire de la Commission à l'article 4 du projet d'articles sur la responsabilité des États à raison de faits internationalement illicites (reproduit dans *Annuaire... 2001*, vol. II (deuxième partie), par. 77, p. 40 et 41) : « Peu importe aux fins de l'attribution

qu'il y ait des motifs raisonnables de considérer qu'un organe de l'État accomplissant un acte *jure gestionis* qui est attribuable à l'État agit effectivement à titre officiel et jouirait donc de l'immunité *ratione materiae* au regard de cet acte.

b) Actes officiels accomplis sur le territoire d'un État étranger

162. La question se pose de savoir si les actes accomplis par tel représentant de l'État, dans l'exercice de ses fonctions, sur le territoire d'un autre État bénéficient de l'immunité de juridiction pénale dans l'État où ces actes ont été accomplis. La pratique étatique sur ce point ne semble guère abondante⁴⁶⁵.

163. On a fait valoir que, pour déterminer si tels actes accomplis par tel représentant de l'État sur le territoire d'un État étranger sont couverts par l'immunité *ratione materiae*, la considération décisive serait de savoir si l'État du territoire avait ou non consenti à l'accomplissement sur son territoire de fonctions officielles par un organe d'un État étranger⁴⁶⁶. À cet égard, d'aucuns ont fait valoir

que le comportement de l'organe de l'État puisse être qualifié de "commercial" ou d'*acta jure gestionis*. » (ibid., p. 41).

⁴⁶⁵ Dans l'affaire de l'incident du *Rainbow Warrior*, après l'arrestation par la police locale du commandant Mafart et du capitaine Prieur, deux agents français qui avaient coulé le *Rainbow Warrior* en Nouvelle-Zélande, la France a fait valoir que leur détention en Nouvelle-Zélande était injustifiée compte tenu en particulier du fait qu'ils agissaient sur ordre militaire et que la France était disposée à présenter des excuses à la Nouvelle-Zélande et à l'indemniser à raison des dommages subis; voir le règlement du 6 juillet 1986 opéré par le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies, in *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XIX, p. 213. Toutefois, dans son arrêt du 22 novembre 1985 (antérieur à la phase internationale de cette affaire), en l'affaire *R. v. Mafart and Prieur*, la Haute Cour de Nouvelle-Zélande à Auckland a condamné les deux officiers pour homicide involontaire et dommages occasionnés délibérément. Il convient de noter que, pendant le procès au pénal, les deux officiers avaient plaidé coupable pour ces deux chefs d'accusation. Le juge a admis que « le fait que des militaires aient agi conformément aux ordres qu'ils avaient reçus est un élément qui peut être pris en considération en tant que circonstance atténuante pour les infractions pénales qui ont pu être commises si l'intérêt de la justice l'exige en l'espèce » (*International Law Reports*, vol. 74, p. 250). Le juge a toutefois estimé que le fait que les défendeurs agissaient sur ordre n'est pas un élément auquel il accordait beaucoup de poids pour juger les circonstances de l'espèce (ibid., p. 251). La question de l'immunité ou de la non-responsabilité des deux officiers n'a été aucunement soulevée à ce stade. En outre, au cours des négociations précédant le règlement opéré par le Secrétaire général dans l'affaire du *Rainbow Warrior*, la France, dans son mémoire soumis au Secrétaire général, déclarait, entre autres, que la France était disposée à assumer, à l'égard de la Nouvelle-Zélande et des victimes de l'incident, toutes les responsabilités qui lui incombait en lieu et place des personnes qui avaient agi en son nom, comme l'avait fait, par exemple, le Gouvernement britannique à l'égard du Gouvernement des États-Unis lorsque le navire *Caroline* a été détruit par un commando britannique (cf. Moore, *A Digest of International Law* (1906), par. 127, p. 409). La France considérait en outre qu'il incombait à la Nouvelle-Zélande de libérer les deux policiers (*International Law Reports*, vol. 74, p. 269). Il convient de signaler que, pendant les négociations, il n'a été fait mention d'aucune immunité présumée des deux officiers concernés.

⁴⁶⁶ Voir Paola Gaeta « Extraordinary renditions e immunità dalla giurisdizione penale degli agenti di Stati esteri: il caso *Abu Omar* », *Rivista di diritto internazionale*, vol. 89 (2006), p. 126 à 130. L'auteur examine l'affaire de plusieurs agents de la Central Intelligence Agency (CIA) impliqués dans l'enlèvement à Milan, le 17 février 2003, d'Abu Omar. L'un de ces agents était au moment de l'enlèvement du Consul des États-Unis à Milan. Or, au moment de son arrestation, ses fonctions consulaires avaient expiré. L'ancien Consul a revendiqué l'immunité consulaire pour les actes en question. Sa requête a été rejetée par le « juge chargé des investigations préliminaires (g.i.p.) » de Milan au motif que l'enlèvement d'une personne ne fait

que l'immunité *ratione materiae* ne couvre pas les actes constitutifs de violation flagrante de la souveraineté territoriale d'un autre État, tels que le sabotage, l'enlèvement, le meurtre commis par un agent d'un service secret étranger ou la violation de l'espace aérien⁴⁶⁷.

164. Au cours de la procédure orale en l'affaire *Djibouti c. France* devant la Cour internationale de Justice, le conseil de Djibouti a fait valoir que le principe de l'immunité *ratione materiae* des représentants de l'État souffrait quelques exceptions – qui, toutefois, n'étaient pas pertinentes en l'espèce – en cas de crime de guerre et d'actes d'espionnage et de sabotage menés sur le territoire d'un État étranger⁴⁶⁸.

165. Par ailleurs, la non-applicabilité de l'immunité *ratione materiae* à certaines catégories de personnes, telles que les espions, a été évoquée par la Chambre d'appel du Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie dans son arrêt du 29 octobre 1997 en l'affaire *Blaškić*⁴⁶⁹.

2. Personnes couvertes par l'immunité *ratione materiae*

a) Catégories de représentants de l'État

166. La doctrine semble largement acquise à l'idée qu'à la différence de l'immunité *ratione personae*, qui est réservé à un nombre limité de hauts représentants de l'État⁴⁷⁰, l'immunité *ratione materiae* s'applique aux représentants de l'État en

pas partie des fonctions consulaires énumérées dans la Convention de Vienne de 1967 sur les relations consulaires. Le juge n'a pas examiné la question de savoir si l'ancien Consul jouissait également d'une immunité fonctionnelle en tant qu'agent de la CIA. Selon Gaeta, cela dépendrait, entre autres, de la question de savoir si l'Italie avait ou non donné son consentement à l'opération menée sur son territoire par la CIA. En absence d'un tel consentement, l'État du territoire ne serait aucunement tenu en droit international de reconnaître une quelconque immunité fonctionnelle de l'agent étranger qui a agi sur son territoire ; *ibid.*, p. 127 et 128. Voir aussi Mario Giuliano, Tullio Scovazzi et Tullio Treves, *Diritto internazionale*, vol. II (2^e éd.) (Milan Giuffrè, 1983), p. 537, soutenant le point de vue selon lequel l'obligation qui incombe à l'État d'accorder l'immunité pour des actes officiels accomplis sur son territoire par des agents étrangers dépendrait de la question de savoir si l'État avait autorisé l'accomplissement de ces actes.

⁴⁶⁷ Bothe, *op. cit.* note 346, p. 252 et 257 à 261.

⁴⁶⁸ Procédures orales, 22 janvier 2008, CR 2008/3 (Conderelli), par. 24. Voir également les références au procès de Nuremberg dans la première partie, sect. C.3 ci-dessus.

⁴⁶⁹ *Le Procureur c/ Blaškić*, arrêt relatif à la demande d'injonctions, *op. cit.* note 148, par. 41 : « De même, d'autres catégories de personnes (par exemple, les espions, au sens de l'article 29 du Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre annexé à la Convention de La Haye IV de 1907), bien qu'agissant en tant qu'organe de l'État, peuvent être tenues personnellement responsables de leurs méfaits. » S'agissant des actes d'espionnage en général, il y a lieu de signaler également une décision de la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne refusant l'immunité à des espions de l'ex-République démocratique allemande pour des actes accomplis à partir du territoire de cette dernière contre la République fédérale d'Allemagne avant la réunification du pays; voir Bundesverfassungsgerichts (Cour constitutionnelle fédérale), décision du 15 mai 1995, *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, vol. 92, p. 277 et suiv., résumé en anglais dans la base de données sur la pratique des États concernant les immunités des États du Comité des conseillers juridiques sur le droit international public (CAHDI) du Conseil de l'Europe (http://www.coe.int/t/e/legal_affairs/legal_co-operations/public_international_law/State_Immunities).

⁴⁷⁰ Voir *supra*, deuxième partie, sect. A.

général, indépendamment de leur place dans la hiérarchie de l'État⁴⁷¹. L'on a même fait valoir à cet égard que l'immunité *ratione materiae* « couvre les actes officiels de tout agent *de jure* ou de *facto* de l'État »⁴⁷².

167. Le principe selon lequel les représentants de l'État de manière générale jouissent de l'immunité *ratione materiae* trouve appui dans la jurisprudence du Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie. Dans l'affaire *Blaškić*, la Chambre d'appel a évoqué à cet égard une « règle bien établie du droit international coutumier qui remonte aux XVIII^e et XIX^e siècles et qui a été réaffirmée de nombreuses fois depuis » :

« La Chambre d'appel rejette la possibilité que le Tribunal international puisse décerner des injonctions aux responsables officiels des États agissant *ès qualités*. Ces officiels ne sont que des agents de l'État et leurs actions officielles ne peuvent être attribuées qu'à l'État. Il ne peuvent faire l'objet de sanctions ou de pénalités pour une action qui n'est pas privée mais entreprise au nom de l'État. En d'autres termes, 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. C'est la règle bien établie du droit international coutumier qui remonte aux XVIII^e et XIX^e siècles et qui, depuis, a été réaffirmée à de nombreuses reprises. Plus récemment, la France a adopté dans l'affaire du *Rainbow Warrior* une thèse fondée sur cette règle. Celle-ci a aussi été clairement énoncée par la Cour suprême d'Israël dans l'affaire *Eichmann*.⁴⁷³ »

« [...] Il est bien établi que le droit international coutumier protège l'organisation interne de chaque État souverain. Il laisse à chacun d'eux le soin de déterminer sa structure interne et, en particulier, de désigner les individus qui agissent en tant qu'organes ou agents de l'État. Chaque État souverain a le droit d'adresser des instructions à ses organes, aussi bien ceux opérant au plan national que ceux opérant dans le champ des relations internationales, de même qu'il peut prévoir des sanctions ou autres remèdes en cas de non-respect

⁴⁷¹ Voir, par exemple, Gaeta, op. cit. (2002) note 195, p. 975 [les immunités *ratione materiae* « couvrent les activités accomplies par *tout* représentant de l'État dans l'exercice de ses fonctions, indépendamment du lieu où il les exerce » (souligné dans l'original)]; Kelsen, op. cit. (1952) note 214, 1966, p. 358 et 359; Klingberg, op. cit. note 207, p. 552 (« En droit international coutumier, les anciens chefs d'État, à l'instar de tout représentant de l'État, jouissent de l'indemnité dite fonctionnelle pour leurs actes officiels »); Mitchell, op. cit. note 207, p. 231; Robertson, op. cit. note 207, p. 402 (« L'immunité absolue (*ratione personae*) est conférée à ceux qui incarnent ou représentent l'État (c'est-à-dire les chefs d'État et les chefs de missions diplomatiques) mais elle ne dure que tant qu'ils sont en fonctions. Les anciens chefs d'État, ainsi que des agents tels que les généraux, les chefs de la police et les ministres, ne jouissent que d'une immunité restreinte (*ratione materiae*), qui couvre tous les actes accomplis à titre officiel mais pas les mesures prises à des fins de gratification privée »); et Wickremasinghe, op. cit. (2006) note 345, p. 397 (les immunités *ratione materiae* « [...] sont susceptibles de s'appliquer aux actes officiels de tous les représentants de l'État [...] »; *ibid.*, p. 410; « [...] au moins en ce qui concerne la juridiction civile des tribunaux d'autres États, où la procédure aurait pour effet de saper ou de rendre inopérante l'immunité de l'État employeur »).

⁴⁷² Cassese, « Peut-on poursuivre ... », op. cit. note 206, p. 863. Voir aussi Bothe, op. cit. note 346, p. 255.

⁴⁷³ *Le Procureur c/ Blaškić*, arrêt relatif à la demande d'injonctions, op. cit. note 148, par. 38 (note supprimée).

de ces instructions. Le corollaire de ce pouvoir exclusif des États est que chacun d'eux est en droit d'exiger que les actes ou opérations accomplis par l'un de ses organes agissant *ès qualités* soient imputés à l'État, si bien que l'organe en question ne peut être tenu de répondre de ces actes ou opérations. La règle générale en cause est bien établie en droit international et repose sur l'égalité souveraine des États (*par in parem non habet imperium*).⁴⁷⁴ »

168. Le point de vue selon lequel l'immunité *ratione materiae* s'applique aux représentants de l'État en général a été également défendu par le conseil de Djibouti dans l'affaire *Djibouti c. France*. À propos de la distinction entre l'immunité *ratione personae* et immunité *ratione materiae*, il a fait valoir que la seconde – contrairement à la première – était applicable aux représentants de l'État de manière générale et reposait sur le principe selon lequel les actes officiels des organes de l'État sont attribuables à l'État lui-même et non à l'organe qui les a accomplis⁴⁷⁵. On notera à cet égard que le conseil de la France semble avoir reconnu l'existence, en principe, d'une règle conférant l'immunité *ratione materiae* aux représentants de l'État de manière générale⁴⁷⁶. Dans son arrêt du 4 juin 2008, la Cour internationale de Justice n'a pas nié, dans son principe, que des représentants de l'État tel que le Procureur général ou le Chef de la sécurité nationale de la République de Djibouti puissent jouir de l'immunité *ratione materiae* (c'est-à-dire l'immunité fonctionnelle) en tant qu'organes de l'État⁴⁷⁷, encore que la Cour

⁴⁷⁴ Ibid., par. 41.

⁴⁷⁵ Procédures orales, 22 janvier 2008, CR 2008/3 (Condorelli), p. 12, par. 17, et p. 14 à 18, par. 21 à 31 (se référant aussi à de nombreux auteurs qui affirment l'existence d'un « principe de droit international stipulant que les organes de l'État jouissent de l'immunité de juridiction étrangère pour les actes commis dans l'exercice de leurs fonctions »; voir aussi, procédures orales, 28 janvier 2008, CR 2008/6 (Condorelli), p. 50 à 53, par. 1 à 12.

⁴⁷⁶ Procédure orale, CR 2008/5 (Pellet), p. 50, par. 74 : « Mais, sur le plan juridique, la thèse principale soutenue par le professeur Condorelli (et qui constitue une nouveauté par rapport à l'argumentation du mémoire) est plus insolite encore. Elle repose sur le principe selon lequel "tout État doit considérer les actes de l'organe d'un État étranger agissant *ès qualités* comme attribuables à cet État, et non pas à la personne revêtant la qualité d'organe, qui ne saurait en être tenue comme pénalement responsable à titre individuel". À vrai dire, par elle-même cette proposition n'a rien d'extravagant et je me garderais bien de contredire les autorités la soutenant, que mon contradicteur a savamment et longuement citées. Ce qui prête à discussion, ce n'est pas le principe, ce sont les conséquences, vraiment inacceptables, qu'il en tire – d'ailleurs plus par implication qu'explicitement » (notes omises). Le conseil de la France a en outre fait valoir que la question de savoir si l'acte en question a été accompli dans l'exercice de fonctions officielles de l'organe concerné devait être tranchée par les autorités compétentes, devant lesquelles rien n'aurait empêché les individus concernés d'invoquer leur immunité, *ibid.* p. 50 à 53, par. 75 à 80, en particulier le paragraphe 79 : « Dans cette affaire de subornation de témoins, rien, évidemment, n'empêchait – ni n'empêche – les intéressés d'invoquer devant le juge pénal français les immunités dont Djibouti se prévaut aujourd'hui en leur nom. Mais ils doivent pour cela lui permettre d'apprécier leurs arguments en ce sens. Or ni l'un ni l'autre ne se sont prévalus de ces immunités – fût-ce par correspondance. Il est vrai, comme je l'ai montré il y a quelques instants, que les arguments singuliers que met en avant le professeur Condorelli sur ce point n'ont guère de chance d'emporter la conviction des juges. Au lieu de faire cela, les personnes intéressées se sont établies sur la soi-disant réciprocité que constituerait le comportement de la France. » Voir aussi procédure orale, 29 janvier 2008, CR 2008/7 (Pellet), p. 45 à 53, par. 17 à 30.

⁴⁷⁷ *Djibouti c. France*, par. 181 à 200. Cela étant, la Cour a conclu que la France n'avait pas violé ces immunités. D'une part, « il n'avait pas été concrètement vérifié devant elle que les actes à l'origine des convocations à témoigner adressées aux intéressés en qualité de témoins assistés par la France étaient effectivement des actes accomplis dans le cadre de leurs fonctions en tant

semble avoir mis sur le plan cette immunité et l'immunité dont jouit l'État proprement dit⁴⁷⁸.

169. Par ailleurs, le principe selon lequel l'immunité *ratione materiae* est accordée aux représentants de l'État de manière générale est également étayé par la jurisprudence interne. En matière pénale, on retiendra la solution dégagée par le Tribunal fédéral suisse dans son arrêt en l'affaire *Adamov*⁴⁷⁹. On mentionnera également ici le point de vue exprimé par Lords Browne-Wilkinson⁴⁸⁰, Goff of Chievely⁴⁸¹, Millet⁴⁸² et Phillips of Worth Matravers⁴⁸³ dans l'affaire *Pinochet* n° 3 devant la Chambre des Lords. Il convient de noter en outre que les tribunaux internes ont accordé l'immunité *ratione materiae* à divers représentants de l'État, y compris de rang subalterne, à l'occasion de causes non pénales⁴⁸⁴.

qu'organes de l'État », par. 191. D'autre part, ces immunités n'avaient pas été invoquées par l'État de Djibouti auprès des autorités françaises, voir par. 196 à 197.

⁴⁷⁸ Ibid., par. 187 à 188.

⁴⁷⁹ *Evgueni Adamov c. Office fédéral de la justice*, op. cit. note 365.

⁴⁸⁰ *Pinochet* n° 3, p. 594 : « L'immunité *ratione materiae* s'applique non seulement aux anciens chefs d'État et anciens ambassadeurs mais également à tous les représentants de l'État qui ont participé à l'exercice des fonctions de l'État. »

⁴⁸¹ Ibid., p. 606 : « L'immunité *ratione materiae* de l'État intervient donc pour protéger les anciens chefs d'État et (lorsque l'immunité est invoquée) les agents de l'État, même de rang subalterne, des poursuites juridiques dans des pays étrangers pour des actes accomplis dans l'exercice de leurs fonctions en tant qu'agents de l'État, y compris de toute accusation ou arrestation à raison d'infractions pénales alléguées. »

⁴⁸² Ibid., p. 644 : « L'immunité *ratione materiae* [...] peut être invoquée par les anciens chefs d'État et chefs de missions diplomatiques et toute personne dont le comportement dans l'exercice de pouvoirs conférés par l'État est ensuite mis en cause, qu'il ait agi en tant que chef de gouvernement, ministre, commandant militaire ou chef de la police ou fonctionnaire subalterne. L'immunité est la même quel que soit le rang du titulaire des fonctions. »

⁴⁸³ Ibid., p. 657 : « Il s'agit d'une immunité de l'État qui s'applique pour empêcher les tribunaux d'un autre État de revendiquer une compétence de juger un responsable ou autre agent de l'État, présent ou passé pour des actes en rapport avec la conduite des affaires de l'État alors qu'il était en fonctions. »

⁴⁸⁴ Voir, en particulier, Chambre des Lords, *Jones* (une action civile pour mauvais traitements allégués, engagée contre le Royaume d'Arabie saoudite ainsi que des officiers de l'armée et de la police du Royaume et son ministre de l'intérieur), en particulier Lord Bingham of Cornhill, par. 11, et Lord Hoffmann, par. 66; Voir également Cour suprême fédérale de la République fédérale d'Allemagne, affaire de l'Église de scientologie, affaire n° VIZR267/76, 1978, reproduite dans *International Law Reports*, vol. 65, p. 193 et suiv. (accordant l'immunité pour les actes du chef de Scotland Yard); *Jaffe c. Miller et al.*, op. cit. note 453 (le requérant avait introduit une action en dommages-intérêts contre certains représentants de l'État de Floride (l'Attorney General, un attorney de l'État; deux attorneys adjoints de l'État; un enquêteur; et un avocat de l'État) qu'il accusait d'avoir lancé de fausses accusations contre lui et d'avoir comploté pour l'enlever après avoir tenté sans succès d'obtenir son extradition. La Cour d'appel a estimé que les défendeurs jouissaient de l'immunité pour les actes accomplis « dans le cadre de leurs fonctions en tant qu'agents de l'État de Floride » : « Je suis d'avis que la solution de droit commun comme celle de la loi sur l'immunité des États est la même sur ce point. Que les actes délictueux allégués se soient produits avant ou après l'entrée en vigueur de la loi sur l'immunité des États, les actes commis par les personnes défenderesses entraient dans le champ de leurs attributions en tant que fonctionnaires de l'État de Floride et elles sont en droit de revendiquer l'immunité si l'État de Floride peut la revendiquer. Le fait que la loi ne dit mot sur son application aux employés d'un État étranger ne peut signifier qu'une chose, à savoir que le Parlement accepte que la question de savoir si les employés ont droit à l'immunité est tranchée par la *common law*. Il appartiendra à la Cour de statuer dans chaque cas sur la question de savoir si une personne donnée accomplissant une fonction donnée est un fonctionnaire de l'État

b) Anciens représentants de l'État

170. Dans l'affaire du *Mandat d'arrêt*, la Cour internationale de Justice semble avoir implicitement reconnu l'immunité d'un *ancien* ministre des affaires étrangères à raison d'actes commis *ès qualités* alors qu'il était en fonctions, estimant que :

« [...] dès lors qu'une personne a cessé d'occuper la fonction de ministre des affaires étrangères, elle ne bénéficie plus de la totalité des immunités de juridiction que lui accordait le droit international dans les autres États. À condition d'être compétent selon le droit international, 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 ses fonctions, *ainsi qu'au titre d'actes qui, bien qu'accomplis durant cette période, l'ont été à titre privé* »⁴⁸⁵. (non souligné dans l'original)

171. La doctrine est quasi unanime à reconnaître que – contrairement à l'immunité *rationæ personæ*, dont ne bénéficie qu'un nombre limité de représentants de l'État en fonctions – l'immunité *rationæ materiæ* continue de s'appliquer après que le représentant de l'État a cessé d'exercer ses fonctions⁴⁸⁶. En fait, il semblerait que rares sont les cas où le point de vue contraire a été avancé ou le principe remis en question⁴⁸⁷. À cet égard, on a fait valoir que l'immunité *rationæ materiæ* survit à la

étranger »; *ibid.*, p. 459); Cour suprême d'Irlande, *Norburt Schmidt v. Home Secretary of the United Kingdom*, 24 avril 1997, estimant qu'un agent de la Police métropolitaine du Royaume-Uni était en droit de revendiquer l'immunité souveraine devant les tribunaux irlandais (résumé dans la base de données sur la pratique étatique en matière d'immunité des États du Comité des conseillers juridiques sur le droit international public (CAHDI) du Conseil de l'Europe (http://www.coe.int/t/e/legal_affaires/legal_co-operation/public_international_law/State_Immunities/); et États-Unis, tribunal du district sud de New York, *Ra'Ed Mohamad Ibrahim Matar, et al., Plaintiffs v. Avraham Dichter, former Director of Israel's General Security Service, Defendant*, 2 mai 2007, 500 F.Supp.2d284, p. 288 à 292.

⁴⁸⁵ *Mandat d'arrêt* ..., par. 61. Voir aussi l'opinion individuelle commune des juges Higgins, Kooijmans et Buergenthal, par. 85 : « Néanmoins, cette immunité ne vaut qu'aussi longtemps que le Ministre (des affaires étrangères) est en fonction et ne continue ultérieurement à le protéger qu'à raison de ses actes "officiels". »

⁴⁸⁶ Voir, *ex multis*, Cassese, « Peut-on poursuivre ... », *op. cit.* note 206, p. 863; Gaeta, *op. cit.* (2002) note 195, p. 975; Campbell McLachlan, « Pinochet Revisited », *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 51 (2002), p. 961; Mitchell, *op. cit.* note 207, p. 231; et Wouters, *op. cit.*, p. 256 (indiquant que l'immunité fonctionnelle pour les ministres des affaires étrangères trouve un soutien dans la pratique des États et dans l'*opinio juris*). S'agissant des anciens chefs d'État, voir en particulier Dominicé, *op. cit.*, p. 302 et 303; Klinberg, *op. cit.*, p. 552; Mitchell, *op. cit.* note 207, p. 231 (« S'agissant de [la loi sur l'immunité des États du Royaume-Uni (1978), art. 20 1)] conjointement avec la loi sur les privilèges diplomatiques de 1964, art. 39 2), il est évident qu'un ancien chef d'État ne jouit pas de l'immunité diplomatique au titre des actes personnels ou privés (immunité *rationæ personæ*) mais continue de jouir de l'immunité au titre des actes publics accomplis dans l'exercice de ses fonctions de chef d'État (immunité *rationæ materiæ*) »; Shaw, *op. cit.* (2003) note 26, p. 657 et 658; Melinda White, « Pinochet, Universal Jurisdiction, and Impunity », *Southwestern Journal of Law and Trade in the Americas*, vol. 7 (2000), p. 219; et Zappalà, *op. cit.* note 214, p. 596; ainsi que les références fournies par Verhoeven, Institut, *Annuaire*, *op. cit.*, p. 536.

⁴⁸⁷ Voir, en particulier, Andrea Bianchi, *op. cit.* (1999) note 221, p. 259. L'auteur se demande s'il existe réellement une règle coutumière accordant l'immunité fonctionnelle aux représentants de l'État quel que soit leur rang, ou une règle ad hoc sur les chefs d'État. À cet égard, il fait l'observation suivante : « Comme le soutiennent des études récentes, hormis le cas de l'immunité des diplomates et des consuls au titre de leurs activités officielles (et autorisées par

cessation des fonctions du représentant de l'État car elle s'attache à l'acte et non à la personne de son auteur⁴⁸⁸.

172. La survie de l'immunité *ratione materiae* de juridiction pénale étrangère des anciens chefs d'État et chefs de gouvernement a été clairement consacrée par l'Institut de droit international⁴⁸⁹.

173. De même, certains tribunaux internes ont reconnu que les anciens représentants de l'État conservent le privilège de l'immunité *ratione materiae* à raison d'actes accomplis *ès qualités* alors qu'ils étaient en fonctions⁴⁹⁰.

l'État du territoire), on peut difficilement établir l'existence, en droit international coutumier, d'un régime général d'immunité résiduelle ou fonctionnelle pour les représentants d'un État étranger, de rang élevé ou subalterne, au titre d'actes accomplis dans l'exercice de leurs fonctions, ou d'une règle ad hoc sur les chefs d'État [note de bas de page citant Pasquale De Sena, *Diritto internazionale e immunità funzionale degli organi statali* (1996)] ». Voir également le mémoire présenté à un tribunal de district des États-Unis par 23 membres démocrates du Congrès des États-Unis en tant qu'*amicus curiae* dans l'affaire *A, B, C, D, E, F v. Zemin*, op. cit. note 453, plaçant contre l'octroi de l'immunité à « l'ancien chef de gouvernement d'un pays qui a un régime totalitaire et qui ne donne pas à ses citoyens la possibilité de présenter à leur gouvernement des requêtes à raison de méfaits allégués de ce dernier... » Selon ce mémoire, « le droit international stipule clairement que les personnes responsables de violations flagrantes des droits de l'homme peuvent faire l'objet de poursuites même si elles étaient chef d'État au moment de la commission des infractions. Voir, par exemple, la Convention sur la prévention et la répression du crime de génocide (qui précise que "les personnes ayant commis le génocide" ou l'un quelconque des autres actes énumérés à l'article III seront punies, "qu'elles soient des gouvernants, des fonctionnaires ou des particuliers") ».

⁴⁸⁸ Voir Klingberg, op. cit. note 207, p. 544, selon lequel « les immunités fonctionnelles [...] sont accordées parce que les actes officiels de tout agent de l'État doivent être attribués à l'État et considérés comme actes de celui-ci. Étant donné l'égalité souveraine des États, ceux-ci ne peuvent juger les actes d'autres États (*par in parem non habet jurisdictionem*). Dès lors que les immunités fonctionnelles s'attachent à la nature de l'acte et non à la qualité de la personne qui l'accomplit en tant qu'agent de l'État, elles ne disparaissent pas lorsque cet agent cesse d'exercer ses fonctions officielles ».

⁴⁸⁹ Résolution 2001, art. 13, par. 2, reproduite dans Institut, *Annuaire*, op. cit. note 4, p. 73 (combiné à l'article 16 en ce qui concerne les chefs de gouvernement).

⁴⁹⁰ Voir, en particulier, *Ferdinand et Imelda Marcos c. Office fédéral de la police*, op. cit. note 206, p. 501 et 502, où le Tribunal fédéral suisse a estimé qu'un ancien chef d'État jouissait de l'immunité *ratione materiae* de juridiction pénale étrangère, à moins que l'immunité ne soit levée par son État. Voir également, en matière civile, Pakistan, Cour suprême, *Qureshi v. USSR*, 8 juillet 1981, reproduit dans *International Law Reports*, vol. 64, p. 586 à 653, p. 617 (invokant un certain nombre d'auteurs – Satow, *Guide to Diplomatic Practice* – qui soutiennent la continuité de l'immunité d'un ancien chef d'État au titre des actes accomplis *ès qualités*); *Hatch v. Bæz*, 1876, 7 Hun, 596, p. 600 (où un tribunal des États-Unis, dans une affaire impliquant l'ancien Président de Saint-Domingue, a estimé que : « le fait que le défendeur a cessé d'être Président de Saint-Domingue ne fait pas disparaître son immunité. Celle-ci découle de la qualité en laquelle les actes ont été accomplis et elle protège la personne qui les a accomplis parce qu'ils émanaient d'un gouvernement étranger et ami. »); Cour d'appel du deuxième circuit, *Republic of the Philippines v. Marcos et al.*, 26 novembre 1986, 806 F.2d 344 (1986), p. 360, *International Law Reports*, vol. 81, p. 581 à 599, à p. 597 (reconnaissant l'immunité d'un ancien chef d'État, mais pas à raison d'actes privés); et *Plaintiff A, B, C, D, E, F and Others Similarly Situated, Wei Ye, and Hao Wang, Plaintiffs, v. Jiang Zemin and Falun Gong Control Office (A.K.A. Office 6/10), Defendants*, op. cit., p. 883, extrait reproduit dans *American Journal of International Law*, vol. 97, 2003, p. 977, extrait reproduit dans *American Journal of International Law*, vol. 97, 2003, p. 977 (« Les requérants ne citent

c) Représentants ou anciens représentants d'États ou de gouvernements non reconnus

174. Le rôle que la reconnaissance ou l'absence de reconnaissance d'État ou de gouvernement pourrait jouer dans l'octroi de l'immunité aux représentants de l'État a déjà été envisagé à propos de l'immunité *ratione personæ* réservée à un nombre limité de représentants de haut rang de l'État en fonctions⁴⁹¹. L'immunité *ratione materiæ* des représentants de rang subalterne de l'État, ainsi que des anciens représentants de l'État est de nature à susciter la même interrogation.

175. En ce qui concerne cette deuxième hypothèse, on mentionnera les poursuites exercées contre l'ancien dirigeant de facto du Panama, Manuel Noriega, devant un tribunal de district des États-Unis. Celle-ci a rejeté l'exception d'immunité de chef d'État de Noriega au motif que les États-Unis n'avaient jamais reconnu le général Noriega comme chef d'État du Panama⁴⁹². La décision du tribunal de district a été confirmée en appel⁴⁹³.

176. Par ailleurs, dans une ordonnance rendue le 6 novembre 1998, à l'occasion des poursuites engagées contre Augusto Pinochet en Belgique, le juge Vandermeersch a insisté sur la nécessité d'examiner, au cours des enquêtes, dans quelle mesure Pinochet avait été reconnu par la Belgique comme « chef d'État légal » du Chili afin de déterminer s'il était en droit de revendiquer l'immunité à raison de sa qualité devant les autorités belges⁴⁹⁴.

aucune décision d'un quelconque tribunal soutenant que l'immunité du chef d'État à raison d'actes commis pendant qu'un dirigeant est au pouvoir disparaît lorsque ce dirigeant quitte le pouvoir. Selon le *dictum* de la Cour d'appel du deuxième circuit, « il y a un nombre raisonnable de précédents autorisant à dénier l'immunité de chef d'État à un ancien chef d'État », *In Re Doe*, arrêt du 19 octobre 1988, 860 F.2d 40, p. 45. Toutefois la jurisprudence citée par la Cour à l'appui de cet argument autorise uniquement à dire qu'un ancien chef d'État peut ne pas jouir de l'immunité (1) à raison d'actes privés. Voir le *Schooner « Exchange »*, p. 145; *Republic of the Philippines v. Marcos*, 806 F.2d 344, 360 (2^e Cir. 1986), *dicta* affirmant que l'immunité de chef d'État ne peut « aller jusqu'à conférer à l'ancien chef d'État une immunité à raison de ses *actes privés* » (non souligné dans l'original)], ou (2) lorsque l'État étranger lève l'immunité de son ancien dirigeant, voir *In re Grand Jury Proceedings*, 817 F.2d 1108, 1111 (4^e Cir. 1987). Aucun de ces cas de figure n'est présent ici. En outre, les pierres de touche que sont l'immunité de l'État souverain, la courtoisie internationale et la dignité mutuelle des États ne sont pas affectées par le déni de l'immunité dans les types d'affaire cités dans *In Re Doe* – dans le premier cas de figure parce que le chef d'État est poursuivi pour des actes accomplis en tant que personne privée et dans le second cas de figure parce que l'État étranger désavoue son ancien dirigeant s'agissant de son immunité. À l'inverse, la logique de l'immunité de chef d'État n'intervient pas moins lorsqu'un ancien chef d'État est poursuivi devant un tribunal des États-Unis pour des actes commis alors qu'il était chef d'État que lorsque c'est un chef d'État en exercice qui est poursuivi. »)

⁴⁹¹ Voir *supra*, deuxième partie, sect. A.1 a).

⁴⁹² Tribunal du district sud de la Floride, *United States of America v. Noriega*, ordonnance générale du 8 juin 1990, 746 F.Supp. 1506, *International Law Reports*, vol. 99, p. 151 à 183, à p. 161 à 163.

⁴⁹³ Cour d'appel du onzième circuit, *United States of America v. Noriega*, 7 juillet 1997, 117 F 3d 1206 (1997), reproduit dans *International Law Reports*, p. 591 à 599, à p. 595 à 596.

⁴⁹⁴ Vandermeersch, ordonnance du 6 novembre 1998, op. cit. note 421, sect. 3. Voir les observations critiques d'Anne Weyembergh, « Sur l'ordonnance du juge d'instruction Vandermeersch rendue dans l'affaire *Pinochet*, le 6 novembre 1998 », *Revue belge de droit international*, vol. 32 (1999), p. 182 à 184, faisant remarquer que, contrairement aux juridictions des États-Unis, les juridictions belges n'avaient pas invoqué cet argument parce que la Belgique ne reconnaît que

177. En ce qui concerne le rôle que la reconnaissance pourrait jouer dans l'octroi de l'immunité aux représentants *de jure* ou de facto de l'État, il y a lieu de rappeler également la solution retenue par la Cour suprême des États-Unis dès 1897 à propos d'un certain comportement adopté par un commandant militaire qui avait mené des opérations sous l'autorité d'un gouvernement révolutionnaire au Venezuela. La Cour suprême s'est prononcée comme suit :

« [...] Les actes en cause étaient le fait d'un commandant militaire investi des pouvoirs de gouvernement d'un parti révolutionnaire, qui est par la suite venu au pouvoir et a été reconnu par les États-Unis. Nous estimons que la Cour d'appel a conclu à bon droit que "les actes du défendeur étaient ceux du Gouvernement vénézuélien et, à ce titre, ne sont pas justiciables des tribunaux d'un autre gouvernement" [...] »⁴⁹⁵.

d) Représentants d'un État qui a cessé d'exister

178. On peut se demander si les représentants d'un État qui a cessé d'exister jouissent encore de l'immunité *ratione materiae* de juridiction pénale étrangère à raison d'actes accomplis en leur qualité d'organe de cet État. Sur ce point, la pratique des États n'est guère abondante et les solutions demeurent incertaines⁴⁹⁶.

179. À titre d'exemple, les autorités judiciaires de la République fédérale d'Allemagne ont refusé d'accorder l'immunité à des représentants de l'ex-République démocratique allemande, notamment à l'ancien Chef de l'État Erich Honecker, au motif que cet État n'existait plus⁴⁹⁷. Cette solution radicale

les nouveaux États, et non les nouveaux gouvernements. L'auteur fait aussi valoir qu'en tout état de cause, les États fondent leur reconnaissance de gouvernement sur l'effectivité et non sur la légitimité ou la légalité.

⁴⁹⁵ *Underhill v. Hernandez*, op. cit., p. 254. Il s'agissait là d'une action en dommages-intérêts née de la détention du requérant qui, selon ce dernier, aurait résulté du refus du général Hernandez de lui délivrer un passeport pour quitter le pays.

⁴⁹⁶ Verhoeven, « Rapport provisoire », op. cit. note 207, p. 540 : « Il demeure difficile toutefois de déterminer ce qui justifierait le maintien d'une immunité personnelle en l'absence d'un État dont les intérêts propres commandent seuls qu'elle soit fondamentalement accordée. » (Note omise).

⁴⁹⁷ Voir en particulier l'arrêt de la Cour constitutionnelle fédérale, 21 février 1992, rejetant l'argument de l'immunité invoqué par Honecker, ancien chef d'État de la République démocratique allemande (publié en allemand dans *Deutsche Rechtsprechung zum Völkerrecht und Europarecht, 1986-1993*, Berlin, Springer, 1997, p. 129 et 130), avec une note introductive en anglais qui dit : « L'immunité d'un chef d'État ne peut survivre à la disparition de l'État qu'il représentait. Après l'extinction d'un État, ses représentants peuvent donc être soumis à la juridiction pénale d'autres États. » Voir aussi Cour suprême fédérale (BGH), procès des gardes frontière, arrêt du 3 novembre 1992, R StR 370/92, BGHSt, version anglaise dans *International Law Reports*, vol. 100, p. 372 et 373 (« [...] les défendeurs ne sauraient être traités comme représentants d'un État étranger pour la simple raison que la RDA [République démocratique allemande] n'existe plus. »); et, de même, Cour constitutionnelle fédérale, décision du 24 octobre 1996, *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, vol. 95, p. 96 et suiv., résumé dans la base de données sur la pratique étatique en matière d'immunités des États du Comité des conseillers juridiques sur le droit international public (CAHDI) du Conseil de l'Europe (http://www.coe.int/t/e/legal_affairs/legal_co-operation/public_international_law/State_Immunities/).

s'expliquerait, dans une certaine mesure, par la situation particulière née de la réunification de l'Allemagne⁴⁹⁸.

3. Exceptions possibles, fondées sur la nature de la conduite criminelle

a) Crimes de droit international

180. Se pose, dans ce contexte, la question de savoir si l'immunité *ratione materiae* s'étend aux crimes de droit international⁴⁹⁹.

181. Comme on l'a déjà dit⁵⁰⁰, dans l'affaire du *Mandat d'arrêt*, la Cour internationale de Justice a déclaré que l'immunité de juridiction pénale du ministre des affaires étrangères en exercice ne souffrait aucune exception en cas de crimes de droit international. Toutefois, la Cour n'a pas spécialement recherché si s'agissant de l'immunité *ratione materiae* de l'ancien ministre des affaires étrangères une telle exception était envisageable. Elle a néanmoins proposé l'*obiter dictum* suivant, qui a été interprété comme rejetant implicitement l'existence d'une telle exception⁵⁰¹ :

« À condition d'être compétent selon le droit international, 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 ses fonctions, ainsi qu'au titre d'actes qui, bien qu'accomplis durant cette période, l'ont été à titre privé. »⁵⁰² (souligné dans le texte).

182. Étant donné le silence de la Cour sur le droit qui appartiendrait à l'État de poursuivre tout ancien ministre des affaires étrangères à raison de crimes de droit international, son *dictum* pourrait être interprété comme rejetant l'existence d'un tel droit, même si l'on pourrait conclure différemment en considérant que de tels crimes déborderaient, par définition, le cadre des fonctions de tout organe de l'État et

⁴⁹⁸ Voir les observations de Watts (op. cit. note 58, p. 89) sur la procédure pénale engagée en Allemagne en 1992 contre Erich Honecker puis interrompue au début de 1993 en raison du mauvais état de santé de l'accusé. Selon l'auteur « il est fort probable que l'on soit parti du principe qu'étant donné que la République démocratique allemande (RDA) était compétente pour engager des poursuites contre son propre chef d'État, son adhésion à la République fédérale d'Allemagne (RFA) transfère cette compétence à la RFA, qui l'a exercée en engageant des poursuites en vertu de la loi précédemment applicable en RDA. D'autres considérations pertinentes ont trait au fait qu'avec l'adhésion de la RDA à la RFA, cette dernière pouvait être considérée comme ayant acquis par succession le droit de la première de lever l'immunité du chef de l'État, droit qu'elle a exercé par implication nécessaire en engageant des poursuites; et que l'immunité de chef d'État ayant pour objet de protéger les intérêts de l'État et non ceux de la personne détentrice de la fonction, la disparition de l'État prive cette immunité de toute raison d'être ».

⁴⁹⁹ Pour une définition de la notion de crimes de droit international aux fins de la présente étude, voir *supra*, première partie, sect. B.1.

⁵⁰⁰ Voir *supra*, deuxième partie, sect. A.3.

⁵⁰¹ Voir, par exemple, Wouters, op. cit. note 320, p. 267 : « L'arrêt de la Cour peut malheureusement [...] être interprété comme signifiant que l'immunité de poursuites dont jouissent les ministres des affaires étrangères à raison de crimes internationaux subsiste après que les intéressés ont cessé d'occuper un poste ministériel ». Voir aussi Paola Gaeta « *Rationae Materiae Immunities of Former Heads of State and International Crimes: the Hissène Habré Case* », *Journal of International Criminal Justice*, vol. 1 (2003-1), p. 189 : « pour résumer, la Cour est d'avis que la règle générale sur les immunités *ratione materiae*, selon laquelle les États ne peuvent exercer leur compétence sur un représentant d'un État étranger pour des actes qu'il ou elle a commis dans le cadre de ses fonctions sans le consentement de l'État dont ressortit l'intéressé, s'applique aussi en cas de crimes internationaux présumés ».

devraient par conséquent être qualifiés actes « privés »⁵⁰³. Dans la mesure où il pourrait être interprété comme visant l'existence de toute exception à l'immunité *ratione materiae* en présence de crimes de droit international, plusieurs auteurs ont critiqué le *dictum* de la Cour comme étant à rebours de l'état actuel du droit

⁵⁰² *Mandat d'arrêt* ..., par. 61.

⁵⁰³ Voir, sur ce point, la critique de Jean Salmon, op. cit. (2002) note 320, p. 516 et 517 : « La formule utilisée habituellement, c'est que les immunités subsistent après l'expiration des fonctions pour les actes accomplis par cette personne dans l'exercice de ses fonctions. La *ratio legis* de cette règle est simple : un agent de l'État ne doit pas être poursuivi pour des actes qui engageaient, lorsqu'ils ont été accomplis, non sa personne mais celle de l'État pour lequel il agissait. Cette formulation classique est, elle-même, susceptible de diverses interprétations. [...] Une question classique que suscite cette expression est de savoir si un acte illicite (du point de vue international) peut être un acte accompli dans l'exercice de la fonction. Au cas particulier, la question est d'importance s'agissant de crimes de guerre et contre l'humanité dont il peut être soutenu qu'ils ont été accomplis à des fins de politique étatique et donc dans l'exercice de la fonction. Quoi qu'il en soit, ce n'est pas la formulation classique que la Cour a employée mais une formulation inverse : il n'y a pas d'immunité pour les actes accomplis durant la période pendant laquelle l'agent a exercé ses fonctions s'il a agi "à titre privé" (*in a private capacity* dans le texte anglais). Cette formulation est pire que la précédente si l'on veut exclure de l'immunité les crimes de guerre et contre l'humanité; car s'il est encore possible de soutenir qu'une politique de génocide, de disparition forcée ou de nettoyage ethnique n'est pas un acte (sous-entendu normal) de la fonction étatique, il ne pourra certainement pas être soutenu qu'il s'agit d'un acte accompli à titre privé, sauf à prouver que l'on se trouve devant un dangereux psychopathe, un pervers, qui a agi dans le dos des autorités de son pays! La formulation adoptée par la Cour – dont il faut espérer qu'elle fut le fruit d'une inadvertance – est donc particulièrement regrettable. C'est cause qu'elle ne représente en rien le droit coutumier international. Si elle estimait que des crimes de guerre et contre l'humanité devaient être considérés comme des actes privés, elle se devait de le dire. En s'abstenant, elle prolonge et envenime la controverse. » Voir aussi Shaw, op. cit. (2003), p. 659 (à propos du *dictum* de la Cour internationale de Justice) : « La question des poursuites à raison d'actes commis en violation du droit international (par exemple, la torture) reste ainsi ouverte, à moins que ces actes ne soient considérés comme relevant de la catégorie des actes privés ».

international⁵⁰⁴. On a pu y voir une source d'incertitude quant à l'état actuel du droit international s'agissant de l'immunité *ratione materiae* en présence de crimes de droit international⁵⁰⁵.

⁵⁰⁴ Voir, en particulier, Cassese, « Peut-on poursuivre ... », op. cit. note 206, p. 866 à 870, et surtout p. 868 (« Ainsi, si l'on s'en tient à ce que dit la Cour littéralement, il s'ensuit que les ministres des affaires étrangères ne pourraient jamais, ou en tout cas rarement, être poursuivis à raison de crimes internationaux commis *pendant leur mandat*. Une question plus fondamentale se pose alors : *Pourquoi* devrait-on limiter les procès tenus par des tribunaux étrangers à des actes commis "à titre privé"? *Quelle règle internationale* exclurait-elle les actes officiels? » (souligné dans le texte); David S. Koller, « Immunities of Foreign Ministers: Paragraph 61 of the Yerodia Judgment As It Pertains to the Security Council and the International Criminal Court », *American University International Law Reports*, vol. 20 (2004), p. 16 et 17, au sujet du paragraphe 61 de l'arrêt rendu dans l'affaire *Mandat d'arrêt* ... (« La Cour précise les cas où l'immunité n'existe pas, ce qui implique clairement que, dans toute circonstance ne figurant pas dans cette liste exhaustive, le ministre concerné continue de jouir d'une immunité absolue »; *ibid.*, p. 18. « Comme la Cour entendait donner au paragraphe 61 une liste exhaustive des circonstances dans lesquelles l'immunité ne s'appliquait pas, il s'ensuit nécessairement que l'immunité couvre tous les actes commis par un ancien ministre des affaires étrangères dans le cadre de ses fonctions officielles, y compris les crimes internationaux graves comme les crimes contre l'humanité, les crimes de guerre, le génocide et la torture. L'arrêt de la Cour s'écarte donc des principes bien établis du droit international »); et Sassòli, op. cit. note 422, p. 800 et 801 (« On ne voit pas pourquoi la précision [de la Cour internationale de Justice] à l'effet que, parmi les actes commis pendant le mandat seuls ceux accomplis à titre privé peuvent être poursuivis était nécessaire, puisque M. Yerodia avait commis les actes reprochés avant de devenir ministre. Ce passage implique toutefois clairement qu'un gouvernant continue à bénéficier d'une immunité pénale devant des tribunaux d'États tiers pour des actes de fonction. La Cour n'explique pas les raisons d'une telle extension temporelle de l'immunité pour des actes de fonction. [...] La limitation de cette immunité aux actes de fonction est probablement inspirée par un vieux fantôme, qui s'inscrit dans une logique purement interétatique du droit international et qui devrait avoir disparu depuis au moins 57 ans. Il s'agissait en effet de l'argument des défenseurs des grands criminels de guerre nazis à Nuremberg selon lequel un acte qui était attribuable ou même assumé par un État ne pouvait plus engager la responsabilité des individus qui l'avaient commis. [...] Des doutes sérieux sont permis quant à savoir si cette conception du principe "*par in parem non habet imperium*" correspond à la pratique. Les États et des tribunaux ont jugé qu'on pouvait détacher l'individu, même haut placé, de "son" État quand ils ont affirmé que la qualité de gouvernant ne pouvait pas exonérer une personne de sa responsabilité pénale individuelle. Cette pratique ne concerne pas seulement des procédures devant des tribunaux internationaux, mais également des procédures nationales. Elle est incompatible avec une extension du principe "*par in parem non habet imperium*" aux individus agissant pour le compte de l'État. »). Voir aussi Buzzini, op. cit. note 343, p. 294, note 933, qui estime que le *dictum* de la Cour n'est guère compatible avec l'évolution récente du droit pénal international.

⁵⁰⁵ Selon Gaeta (op. cit. (2003) note 501, p. 195), l'incertitude suscitée par le *dictum* de la Cour pourrait expliquer la solution retenue par les autorités belges à l'occasion des poursuites pénales engagées contre l'ancien Président du Tchad Hissène Habré. L'auteur fait observer que le juge d'instruction belge « a jugé nécessaire de s'adresser aux autorités tchadiennes sur la question des immunités éventuelles dont jouirait l'ancien dictateur » à raison des accusations de crimes contre l'humanité et de torture retenues contre lui. L'auteur aborde ensuite la nature juridique de la lettre que le Ministre tchadien de la justice a adressée au juge d'instruction belge en date du 7 octobre 2002, dans laquelle il indiquait que Habré « ne peut prétendre à une quelconque immunité de la part des autorités tchadiennes » (le texte de la lettre peut être consulté sur le site : <http://hrw.org/french/press/2002/tchad1205a.htm>). À ce propos, l'auteur fait observer que « [...] cette levée de l'immunité se fondait sur la loi tchadienne levant l'*immunité de juridiction nationale* dont jouissait Hissène Habré pour les crimes qu'il aurait commis au Tchad lorsqu'il était chef de l'État. [...] Il semble donc que le Gouvernement tchadien ait confondu les

183. À l'inverse, la Chambre d'appel du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a déclaré sans ambages dans une décision rendue en l'affaire *Blaškić* que l'immunité *ratione materiae* ne jouait pas en présence de crimes de droit international tels que les crimes de guerre, les crimes contre l'humanité et le génocide. Le passage pertinent de l'arrêt se lit comme suit :

« Ces exceptions [à la règle coutumière selon laquelle les représentants de l'État jouissent d'une immunité fonctionnelle] naissent des normes du droit international pénal prohibant les crimes de guerre, les crimes contre l'humanité et de génocide. D'après ces normes, les responsables de ces crimes ne peuvent invoquer d'immunité à l'égard des juridictions nationales ou internationales, même s'ils ont commis ces crimes dans le cadre de leurs fonctions officielles. [...] »⁵⁰⁶.

184. La non-applicabilité de l'immunité *ratione materiae* en cas de crimes internationaux trouve quelque appui dans la jurisprudence interne. Dans ce contexte, on cite souvent l'arrêt de la Cour suprême d'Israël dans l'affaire *Eichmann*⁵⁰⁷. Il convient de rappeler que la Cour suprême israélienne a examiné la question sous l'angle de la théorie de l'act of State. Cependant, comme elle a donné de l'« act of State » une définition qui paraît coïncider avec la notion d'immunité *ratione materiae* envisagée ici⁵⁰⁸, les conclusions que la Cour a dégagées dans l'affaire *Eichmann* peuvent être pertinentes⁵⁰⁹. La Cour suprême, confirmant le jugement du tribunal de district de Jérusalem sur ce point⁵¹⁰ a rejeté le moyen de défense tiré par Eichmann de la théorie de l'« act of State », considérant qu'il était irrecevable en présence de crimes de droit international. Ce faisant, la Cour suprême s'est appuyée en particulier sur l'article 7 du Statut du Tribunal de Nuremberg et du Principe n° III des Principes de Nuremberg⁵¹¹. La solution retenue par la Cour suprême ressort clairement du passage suivant de son arrêt :

« Quoi qu'il en soit, la théorie est sans fondement en présence d'actes prohibés par le droit des nations, spécialement lorsqu'il s'agit de crimes internationaux

immunités devant les tribunaux tchadiens, c'est-à-dire les immunités dont jouissent certains représentants de l'État en vertu du *droit public interne*, et les immunités devant les tribunaux étrangers, c'est-à-dire les immunités que le *droit international* confère à certaines catégories de représentants de l'État devant les tribunaux étrangers. » Cette question est envisagée à la section C de la présente partie.

⁵⁰⁶ *Le Procureur c/ Blaškić*, arrêt relatif à la demande d'injonctions, par. 41.

⁵⁰⁷ Voir *supra*, première partie, sect. C.3. Villalpando, op. cit. note 407, p. 424, voit dans l'affaire *Eichmann* un précédent d'où l'on peut tirer des arguments supplémentaires pour rejeter les demandes d'immunité *ratione materiae* pour les crimes de droit international.

⁵⁰⁸ *Eichmann* (Cour suprême d'Israël), p. 308 à 309, par. 14 : « La théorie de l'act of State signifie que l'acte accompli par une personne en sa qualité d'organe de l'État, qu'il s'agisse du chef de l'État ou d'un responsable agissant sous les ordres du gouvernement, doit être considéré comme un acte du seul État. Il s'ensuit que seul l'État porte la responsabilité de cet acte et qu'un autre État n'a pas le droit de châtier la personne qui a commis l'acte, sauf consentement de l'État pour lequel elle a agi. S'il n'en était pas ainsi, le premier État s'immiscerait dans les affaires internes du second, ce qui est contraire à la notion d'égalité souveraine des États. » (note omise).

⁵⁰⁹ Voir commentaires de De Sena, op. cit. note 218, p. 383 : « Dans l'affaire *Eichmann*, l'idée maîtresse qui sous-tendait la décision prise par la Cour suprême israélienne de rejeter la théorie de l'act of State était en fait la nature *exceptionnelle* de la non-applicabilité de l'immunité d'organes de l'État, *en dépit du fait* qu'on pouvait faire remonter jusqu'à l'État allemand les crimes commis par Eichmann. » (souligné dans l'original).

⁵¹⁰ Arrêt du 12 décembre 1961, *International Law Reports*, vol. 36, p. 44 à 48.

⁵¹¹ Voir par. 14 c) de l'arrêt de la Cour suprême.

relevant de la catégorie des “crimes contre l’humanité” (au sens large du terme). Au regard du droit international, des actes aussi odieux échappent entièrement, il faut le dire, à la juridiction “souveraine” de l’État qui les a ordonnés ou qui en a cautionné la commission, d’où il suit que ceux qui ont pris part à la commission de ces actes doivent en répondre personnellement et ne sauraient s’abriter derrière le caractère officiel de leur tâche ou de leur mission, non plus que derrière les “lois” de l’État au nom duquel ils prétendaient agir. Leur position pourrait être comparée à celle d’une personne qui, ayant commis une infraction dans l’intérêt d’une société qu’elle représente, n’est pas autorisée à s’abriter derrière la responsabilité collective de ladite société. En d’autres termes, le droit international pose qu’un État ne saurait cautionner un acte qui viole ses interdictions les plus strictes et de là découle l’idée qui est au cœur même de la notion de “crime international”, à savoir qu’une personne qui a été partie à un tel crime doit en assumer personnellement la responsabilité. S’il en était autrement, les dispositions pénales du droit international seraient une mascarade⁵¹².

[...]

[...] Les décrets discriminatoires et néfastes de cet État malfaisant et les édits meurtriers de l’autocrate qui était à sa tête ne sont pas des lois au regard du droit international et ne peuvent en aucun cas amoindrir la portée de ces crimes ou exonérer ceux qui ont participé à leur commission de la responsabilité individuelle qui est la leur. »⁵¹³.

185. On retiendra également la décision de la Chambre des Lords en l’affaire *Pinochet* n° 3 qui a envisagé la question de l’immunité du point de vue du droit international public, le droit britannique applicable se contentant de renvoyer, *mutatis mutandis*, aux immunités reconnues aux chefs de missions diplomatiques⁵¹⁴. Cependant, à en juger par leur raisonnement, pour dénier l’immunité *ratione materiae* à Pinochet à raison des crimes qu’il aurait commis pendant sa présidence, les Lords ont essentiellement invoqué la Convention de 1984 contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants⁵¹⁵.

⁵¹² Ibid., par. 14 b).

⁵¹³ Ibid., par. 14 d).

⁵¹⁴ Article 20 1) de la loi de 1978 sur l’immunité des États. Le *Diplomatic Privileges Act* de 1964 incorporant la Convention de Vienne de 1961 sur les relations diplomatiques, l’article 39 2) de cette dernière, consacré aux immunités d’un diplomate qui a cessé ses fonctions, trouvait application.

⁵¹⁵ Affaire *Pinochet* n° 3. Voir, notamment, les vues de Lord Browne-Wilkinson, p. 594 et 595; de Lord Hope of Craighead, p. 623 à 627 et de Lord Saville of Newdigate, p. 642 et 643. Comparer avec la thèse dissidente de Lord Goff of Chieveley, p. 600 et suiv. (selon laquelle la ratification de la Convention contre la torture n’a donné lieu à aucune « levée » de l’immunité). Pour un commentaire du raisonnement suivi par les Lords, voir Villalpando, op.cit. note 407, p. 412 et suiv. L’auteur souligne que le déni d’immunité prononcé par les Lords dans leur décision du 24 mars 1999 se limitait aux actes de torture ou d’entente en vue de commettre des actes de torture survenus après le 8 décembre 1988 (c’est-à-dire après la ratification par le Royaume-Uni de la Convention contre la torture, date à laquelle les tribunaux britanniques étaient devenus compétents pour connaître de ces crimes extraterritorialement). Il fait observer (p. 414 à 416) que, pour écarter l’immunité, les sept Lords ont suivi sept raisonnements différents, qui plus est guère conciliables, même s’ils sont tous fondés (p. 417 et 418) sur la Convention contre la torture et comportent plusieurs restrictions *ratione materiae* (les crimes), *personae* (les États parties à la Convention) et *temporis* (la date d’entrée en vigueur de la Convention). Voir aussi

et non l'existence d'une exception générale issue du droit coutumier qui s'appliquerait aux crimes de droit international⁵¹⁶.

186. D'autres décisions de tribunaux internes ou instances portées devant eux paraissent confirmer la non-applicabilité de l'immunité *ratione materiae* à raison de crimes de droit international. Ainsi, lorsqu'elles ont demandé l'extradition de Pinochet le 3 novembre 1998, les autorités espagnoles ont fait clairement valoir que les anciens chefs d'État ne jouissaient pas d'immunité à raison de crimes de droit international⁵¹⁷. De même, dans un jugement récent, la Audiencia Nacional espagnole a implicitement reconnu que l'ancien chef d'État ne jouirait pas de l'immunité *ratione materiae* à raison d'actes de génocide⁵¹⁸. La non-application de

O'Neill, op. cit. note 427, p. 317 (« La décision Pinochet crée un précédent en ce qu'elle refuse l'immunité du chef de l'État dans les seules situations où l'ancien chef d'État est accusé d'un crime de droit international en vertu d'un traité qui s'applique au chef d'État et qui a été ratifié par le pays auquel appartient l'intéressé et par le pays qui tranche le litige. »); Clive Nicholls, « Reflections on Pinochet », *Virginia Journal of International Law*, vol. 41 (2000), p. 146 (« *Pinochet* n° 3 a établi qu'un ancien chef d'État ne jouissait d'aucune immunité à raison du crime international de torture. Le siège de l'immunité au Royaume-Uni est l'article 20 de la loi de 1978 sur l'immunité des États, rapproché de l'article 39 2) de la première partie de la loi de 1964 sur les privilèges du corps diplomatique (*Diplomatic Privileges Act*) de 1964. La Commission d'appel a estimé à la majorité que, d'une manière générale, tout chef d'État jouissait d'une immunité *ratione personae* (en vertu de son statut de chef de l'État) et l'ancien chef de l'État, d'une immunité *ratione materiae* (s'agissant d'actes commis à l'occasion de ses fonctions officielles ou gouvernementales). Cependant, il a été décidé à la majorité dans l'affaire *Pinochet* n° 3 qu'un ancien chef d'État ne jouissait d'aucune immunité à raison d'actes de torture ou d'entente en vue de commettre des actes de torture, et ce à partir du 8 décembre 1988, date à laquelle l'Espagne, le Chili et le Royaume-Uni ont ratifié la Convention contre la torture, leur intention n'ayant pu être que cette immunité survive à leur ratification de la Convention. »); et Cosnard, op. cit. (1999) note 226, p. 314 à 320.

⁵¹⁶ Voir, cependant, l'opinion de Lord Hope of Craighead, dans *Pinochet* n° 3, p. 625 à 627. Comme l'a fait observer Villalpando (op. cit. note 407, p. 416), lorsqu'il a refusé l'immunité pour des actes de torture systématiques et généralisés commis après 1988, Lord Hope of Craighead a fondé son argument non pas tant sur la Convention proprement dite que sur les obligations coutumières qui liaient le Royaume-Uni s'agissant de crimes internationaux au moment de la ratification.

⁵¹⁷ Demande d'extradition communiquée le 3 novembre 1998 (*Auto de solicitud de extradición de Pinochet*, Madrid, 3 novembre 1998 (on peut en consulter le texte sur le site : <http://www.ua.es/up/pinochet/documentos/auto-03-11-98-auto24.htm>), par. 4 et 5 d), selon laquelle la condition des anciens chefs d'État est, à cet égard, très différente de celle des chefs d'État en exercice (« Il en va cependant tout différemment de l'ancien chef d'État. Le droit international ne prescrit pas sa protection, conformément aux mêmes principes qui sont applicables à la théorie de l'Act of State, laquelle ne s'étend pas aux crimes de droit international. En ce sens, tout le droit pénal international moderne rejette, pas toujours expressément mais néanmoins sans ambiguïté, les moyens de défense tirés de théories d'actes commis à l'occasion de fonctions officielles ou de l'immunité des chefs d'État ou analogues. »).

⁵¹⁸ Audiencia Nacional, *Auto del Juzgado Central de Instrucción n° 4* (2008), p. 157. L'affaire intéressait M. Kagame, Chef d'État en exercice du Rwanda, et donc la question de l'immunité *ratione personae*, mais la Audiencia Nacional semble avoir indiqué *a contrario* qu'un ancien chef d'État ne jouirait pas de l'immunité *ratione materiae* à raison des crimes visés par la Convention de 1948 pour la prévention et la répression du crime de génocide : « La Convention contre le génocide dispose que les personnes accusées de ce crime seront jugées par les tribunaux du territoire dans lequel l'acte a été commis ou par un tribunal international compétent; or, en l'espèce, les tribunaux espagnols ne relèvent ni de l'une ni de l'autre catégorie, et donc l'immunité qui protège l'intéressé fera obstacle à toutes poursuites contre lui, et ce tant qu'il restera en exercice. » (non souligné dans le texte).

l'immunité *ratione materiae* à des représentants de l'État en cas de crimes de droit international a également été affirmée par la Cour de cassation italienne dans l'affaire *Ferrini*⁵¹⁹.

187. Il convient par ailleurs de mentionner l'affaire *Hissène Habré*, ancien Président du Tchad, accusé d'avoir commis des crimes de droit international pendant qu'il était en fonction. En 2006, l'Union africaine a donné mandat au Sénégal de poursuivre Habré « au nom de l'Afrique »⁵²⁰. Le Comité de juristes africains chargé par l'Union africaine d'examiner la question du procès contre Hissène Habré a considéré que : « Hissène Habré ne pouvait se prévaloir de l'immunité d'ancien chef d'État pour échapper à l'application du principe de rejet total de l'impunité » adopté par la Conférence⁵²¹.

188. On notera toutefois que, tout récemment encore, les autorités internes n'ont pas été unanimes à rejeter l'immunité *ratione materiae* de représentants de l'État accusés de crimes de droit international⁵²². Ainsi, le Procureur de Paris a accordé l'immunité *ratione materiae* à l'ancien Secrétaire à la défense des États-Unis dans le

⁵¹⁹ Cour de cassation, *Ferrini v. Repubblica Federale di Germania*, arrêt du 11 mars 2004 (n° 5044), in *Revista di diritto internazionale*, 2004, fascicule II, p. 540 à 551, par. 11. À l'occasion d'une action civile intentée contre l'Allemagne pour dommages subis à la suite de l'arrestation, de la déportation et du travail forcé dont a été victime le demandeur pendant la Seconde Guerre mondiale du fait de l'armée allemande, la Cour de cassation italienne a estimé qu'il était « incontesté » que des représentants de l'État ne jouissaient pas d'une immunité fonctionnelle à raison de crimes de droit international et qu'il n'y avait pas de raison qu'il en aille différemment s'agissant de l'immunité de l'État. À propos de cet arrêt, voir Andrea Bianchi, « *Ferrini v. Repubblica Federale di Germania* (Cour de cassation italienne; arrêt du 11 mars 2004); commentaire », *AJIL*, vol. 99 (2005), p. 242 à 248.

⁵²⁰ Voir Conférence de l'Union africaine, septième session ordinaire, 1^{er} et 2 juillet 2006, Banjul, décision sur le procès d'Hissène Habré et l'Union africaine (Assembly/AU/Dec.127(VII), par. 5 ii), dont le texte peut être consulté sur le site http://www.africaunion.org/root/au/Conferences/Past/2006/July/summit/doc/Decisions_and_Declarations/Assembly-AU-Dec.pdf. Au paragraphe 5 iv) de la même décision, la Conférence « a demandé à tous les États membres de coopérer avec le Gouvernement du Sénégal sur cette question » et, au paragraphe 5 v), la Conférence « a lancé un appel à la communauté internationale pour qu'elle apporte son soutien au Gouvernement sénégalais ». Aux termes de l'article 4 h) de l'Acte constitutif de l'Union africaine, celle-ci a le droit d'intervenir dans un État membre sur décision de la Conférence, dans certaines circonstances graves, à savoir : les crimes de guerre, les génocides et les crimes contre l'humanité; voir http://www.africa-Union.org/root/au/AboutAU/Constitutive_Act_en.htm.

⁵²¹ Voir par. 13 du *Rapport du Comité d'éminents juristes africains sur l'affaire Hissène Habré*, présenté au Sommet de l'Union africaine en juillet 2006, consultable sur le site suivant : *Rapport du Comité d'éminents juristes sur l'affaire Hissène Habré*, présenté au sommet de l'Union africaine en juin 2006 (disponible sur le site Web de Human Rights Watch à l'adresse http://www.hrw.org/french/themes/CEJA_Report0506fr.pdf). Ainsi qu'il est dit plus haut (voir *supra* note 499), les autorités tchadiennes avaient levé l'immunité d'Habré à l'occasion des poursuites pénales engagées contre lui en Belgique.

⁵²² Sur l'attitude des autorités néerlandaises à l'égard de Pinochet, voir van Alebeek, op. cit. note 431, p. 69 : « Lorsque Pinochet s'est rendu aux Pays-Bas en 1994, le ministère public néerlandais n'a donné aucune suite aux demandes d'arrestation du général. Après que Pinochet a quitté le pays sans être inquiété, une plainte a été déposée contre le ministère public pour défaut de poursuite contre l'ex-dictateur. Le tribunal a rejeté la plainte au motif qu'« il était évident que les poursuites contre Pinochet auraient été en butte à des problèmes juridiques et pratiques si nombreux que le Procureur était parfaitement fondé à ne pas poursuivre » (*Gerechstof Amsterdam, Chili Komitee Nederland v. Public Prosecutor* (1995), in *Netherlands Yearbook of International Law*, 28 (1997), p. 363 à 365).

cadre d'une instance pénale fondée sur des actes constitutifs de crimes de droit international⁵²³. De même, dans sa décision en l'affaire *Jones*, il a accordé au Royaume d'Arabie saoudite et à certains de ses représentants l'immunité de juridiction civile à raison d'actes de torture, au motif notamment que, contrairement à ce qui était le cas dans l'affaire *Pinochet*, aucun traité en vigueur n'écartait l'immunité de juridiction civile en présence d'actes de torture⁵²⁴.

189. Malgré l'incertitude qui continue d'entourer cette question⁵²⁵, la doctrine incline de plus en plus à considérer que l'immunité *ratione materiae* ne couvre pas les crimes de droit international⁵²⁶. Ce principe a été clairement affirmé par

⁵²³ Le 25 octobre 2007, quatre organisations de défense des droits de l'homme (la Fédération internationale des droits de l'homme, le Centre des droits constitutionnels, la Ligue des droits de l'homme et du citoyen et le Centre européen pour les droits constitutionnels et les droits de l'homme) ont saisi le Procureur de Paris d'une plainte contre Donald Rumsfeld, ancien Secrétaire à la défense des États-Unis, au motif que celui-ci aurait été responsable d'actes de torture pour avoir directement et personnellement mis au point et ordonné des techniques d'interrogatoire musclées constitutives de torture, qui ont été utilisées, dans les centres de détention de Guantanamo Bay et d'Abu Ghraib, en violation de la Convention contre la torture de 1984, ratifiée par la France et appliquée sur le territoire français. Au moment de la plainte, Donald Rumsfeld se trouvait en visite en France. Dans une lettre datée du 16 novembre 2007 (<http://www.fidh.org/IMG/pdf/reponseproc23nov07.pdf>), le Procureur de la République près le Tribunal de grande instance de Paris, Jean-Claude Marin, a fait savoir à l'avocat des parties qu'il rejetait l'affaire, en motivant sa décision comme suit :

« Les services du Ministère des affaires étrangères ont [...] indiqué qu'en application des règles du droit international coutumier, consacrées par la Cour internationale de Justice, l'immunité de juridiction pénale des chefs d'État, de gouvernement et des ministres des affaires étrangères subsistait, après la cessation de leurs fonctions, pour les actes accomplis à titre officiel, et qu'en tant que secrétaire à la défense, Monsieur Rumsfeld devrait bénéficier, par extension, de la même immunité pour les actes accomplis dans l'exercice de ses fonctions.

Par ailleurs, le séjour en France de l'intéressé devrait s'achever le 27 octobre 2007.

Mon parquet a, par conséquent, classé cette procédure sans suite sous le numéro d'enregistrement P0729908132. »

⁵²⁴ Affaire *Jones*, en particulier l'opinion de Lord Hoffmann, par. 71. Le raisonnement des Lords était fondé sur le fait que la prohibition de la torture et l'immunité de juridiction étaient deux questions différentes, comme l'a clairement indiqué Lord Hoffmann, au paragraphe 44 : « le *jus cogens* est l'interdiction de la torture. Mais le Royaume-Uni, en accordant l'immunité d'État au Royaume d'Arabie saoudite n'entend voir torturer personne. Le Royaume d'Arabie saoudite, de son côté, en revendiquant l'immunité, ne justifie aucunement l'utilisation de la torture. » Voir, sur cette affaire, Carlo Focarelli, « I limiti dello *jus cogens* nella giurisprudenza più recente », *Rivista di diritto internazionale*, vol. 90 (2007), p. 642 à 646.

⁵²⁵ Voir Fox, « The Resolution of the Institute of International Law », op. cit., p. 125, commentant la résolution de l'Institut : « La perte de l'immunité de juridiction pénale d'un chef d'État au moment où il quitte ses fonctions à raison d'un crime international commis dans l'exercice de ses fonctions officielles est incertaine, mais elle est étayée par la décision dans l'affaire *Pinochet*, si controversée soit-elle. » Voir aussi l'observation de Lord Hope of Craighead, *Pinochet* n° 3, p. 622 et 623 : « on ne s'accorde toujours pas [...] à considérer que même les crimes graves au point d'avoir acquis rang de *jus cogens* en droit international coutumier échappent à l'immunité de juridiction devant les tribunaux étrangers dont peuvent se prévaloir les anciens chefs d'État ».

⁵²⁶ Voir, en particulier, Bianchi, op. cit. (1999) note 221, p. 259; Day, op. cit. note 346, p. 499 et suiv. (s'agissant des crimes les plus graves); Dominicé, op. cit. note 240, p. 305 et 306 (parlant précisément de l'immunité d'un ancien chef d'État); Klingberg, op. cit. note 207, p. 552 (« En droit international coutumier, l'ancien chef d'État, comme tout autre représentant de l'État, jouit d'une immunité dite fonctionnelle à raison de ses actes officiels. Cependant, à la différence de

l'Institut de droit international au paragraphe 2 de l'article 13 de sa résolution de 2001, aux termes duquel le chef d'État (ainsi que le chef de gouvernement⁵²⁷) qui n'est plus en fonction peut être poursuivi et jugé lorsque les actes qui lui sont personnellement reprochés sont constitutifs d'un crime de droit international [...]⁵²⁸. Outre les crimes de guerre, les crimes contre l'humanité, le génocide et la torture, on a soutenu que l'immunité *ratione materiae* ne connaît pas les « violations massives des droits de l'homme »⁵²⁹, les « bombardements aériens »⁵³⁰, les « transfèrements extrajudiciaires »⁵³¹, et « crimes graves de droit international, terrorisme d'État »⁵³².

190. On a puisé dans la doctrine et dans la jurisprudence divers arguments et considérations à l'appui de la thèse de la non-application de l'immunité *ratione materiae* de représentants de l'État à raison de crimes de droit international. De cette diversité se dégagent cependant deux thèses. La première repose sur l'idée que les crimes de droit international sont par définition « non officiels » et débordent par conséquent le champ naturel de l'immunité *ratione materiae*. La seconde part de l'hypothèse que les crimes de droit international, qu'il s'agisse ou non d'actes officiels, seraient exclus du bénéfice de l'immunité *ratione materiae* en vertu d'une exception reconnue par le droit international⁵³³.

i) *Actes ne bénéficiant pas de l'immunité parce que « non officiels »*

191. S'agissant du premier argument, certains auteurs considèrent que les crimes de droit international ne sauraient constituer des « actes officiels » parce qu'ils ne

l'immunité personnelle, on peut faire valoir qu'une règle de l'immunité fonctionnelle souffre une exception lorsque l'ancien représentant de l'État est soupçonné d'avoir commis des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité. »); ainsi que les auteurs mentionnés ci-après dans la présente section et d'autres cités par Villalpando, op. cit. note 407, p. 414, note 138.

⁵²⁷ Voir art. 16 de la résolution.

⁵²⁸ Institut, *Annuaire*, op. cit., p. 753.

⁵²⁹ Association de droit international, *Final report*, op. cit. note 429, p. 423, Conclusions et recommandations, n° 4 : « Aucune immunité ne s'applique pour des violations flagrantes des droits de l'homme sujets à la compétence universelle au motif que ces crimes ont été perpétrés à titre officiel ».

⁵³⁰ Zappalà, op. cit. note 214, p. 611 : « on pourrait raisonnablement soutenir que les bombardements aériens (se traduisant par des tueries de civils innocents) doivent être considérés comme crime de droit international insusceptible d'immunité pour actes officiels ».

⁵³¹ Voir, en particulier, Gaeta, op. cit. (2006) note 206, p. 129, évoquant l'enlèvement d'Abu Omar par des agents de la CIA à Milan (Italie), en janvier 2003. Selon l'auteur, ces transfèrements extrajudiciaires exposeraient les individus au risque de torture (dont l'interdiction semble avoir acquis le rang de règle de *jus cogens*) et pourraient conduire à des violations massives et systématiques des droits de l'homme.

⁵³² Cassese, « Peut-on poursuivre ... », op. cit. note 206, p. 864.

⁵³³ Dans une ordonnance du 6 novembre 1998 rendue à l'occasion des poursuites pénales engagées contre Pinochet en Belgique, le juge Vandermeersch a souligné que les actes reprochés à Pinochet ne pouvaient pas être couverts par l'immunité, et ce pour deux raisons : d'une part, parce qu'ils ne rentrent pas dans l'exercice normal des fonctions de chef d'État et, d'autre part, parce que l'immunité reconnue aux chefs d'État ne s'applique pas aux crimes de droit international; op. cit. note 421, sect. 3.1. Weyembergh, op. cit. note 494, p. 185, critique l'ordonnance du juge en faisant observer que ces deux arguments n'en forment qu'un seul : c'est justement parce que les crimes de droit international ne peuvent être considérés comme des actes de la fonction des chefs d'État qu'ils ne peuvent être couverts par l'immunité reconnue aux anciens chefs d'État.

relèvent pas des fonctions « normales » de l'État⁵³⁴. Cet argument est aussi invoqué dans l'opinion individuelle conjointe des juges Higgins, Kooijmans et Buergenthal dans l'affaire du *Mandat d'arrêt*⁵³⁵. En ce qui concerne la torture et le complot en vue de commettre des actes de torture, certains des juges ont retenu la même solution dans la décision de la Chambre des lords du 25 novembre 1998 dans l'affaire *Pinochet*⁵³⁶, solution évoquée par la suite par certains lords, encore que de manière quelque peu ambiguë⁵³⁷, dans la décision rendue le 24 mars 1999 dans la

⁵³⁴ Voir, en particulier, Andrea Bianchi « Denying State Immunity to Violators of Human Rights », *Austrian Journal of Public and International Law*, vol. 46 (1994), p. 227 et 228; Jill M. Sears, « Confronting the "Culture of Impunity": Immunity of Heads of State from Nuremberg to *Ex parte Pinochet* », *German Yearbook of International Law*, vol. 42 (1999), p. 126 (« Le "Paradoxe Pinochet" auquel on aboutit dans les cas de torture est particulièrement troublant : le droit international exige que pour constituer un crime, la torture soit commise par un agent de l'État agissant à titre officiel, mais dispose aussi que l'agent de l'État qui est responsable au premier chef – le chef de l'État dirigeant la torture illicite – jouit de l'immunité pour ses actes officiels. Se pose alors la question de savoir si un comportement criminel au regard du droit international peut jamais être à bon droit considéré comme "comportement officiel". Selon la décision de la Chambre des lords britannique en l'instance dirigée contre le général Pinochet un tel résultat n'est pas admissible. »); Shaw, op. cit. (2003) note 26, p. 658 (« La définition des actes officiels est imparfaite, mais on peut penser qu'elle n'engloberait pas les actes manifestement contraires au droit international. On peut conclure à tout le moins de l'arrêt *Ex parte Pinochet* n° 3 que l'existence de l'infraction en question en tant que crime de droit international par convention aura pour effet, associé d'une manière ou d'une autre avec un mécanisme d'exécution universel ou extraterritorial, d'empêcher que l'immunité *ratione materiae* soit invoquée au moins en ce qui concerne les États parties au traité en question. Peut-être cette interprétation est-elle prudente, et le droit dans ce domaine va sans doute encore évoluer. »); Tunks, op. cit. note 226, p. 659 (commentant l'affaire *Pinochet*, l'auteur fait observer : « Si les anciens chefs d'État continuent de jouir de l'immunité à raison des actes officiels accomplis lorsqu'ils étaient au pouvoir, ils ne sont pas protégés pour leurs crimes internationaux, car ceux-ci ne peuvent, en raison de leur gravité, relever des fonctions légitimes du chef d'État. Bien que Pinochet fût chef d'État à l'époque, le droit international considère la torture comme si éloignée de l'action légitime de l'État qu'il doit être regardé comme un acteur privé en ce qui concerne un tel comportement. » et l'auteur à ajouter : « La suppression de l'immunité à raison des actes *privés* des anciens chefs d'État, y compris les crimes internationaux quel qu'en soit le contexte, correspond aux deux objectifs de la règle de l'immunité du chef de l'État : faire respecter l'égalité souveraine des États et promouvoir les fonctions diplomatiques. »); et White, op. cit. note 486, p. 216 à 222 (faisant valoir que les actes de torture et les crimes contre l'humanité ne peuvent, parce que le droit international les a érigés en infractions, être considérés comme des actes officiels du chef d'État. Voir également Bennouna, dans Institut, *Annuaire*, op. cit. note 4, p. 616.

⁵³⁵ Opinion individuelle commune, par. 85. Pour une appréciation critique de cette solution, voir Koller, op. cit. note 504, p. 29 et 30.

⁵³⁶ *Pinochet* n° 1, Lord Steyn, p. 1337 (« [...] il me semble difficile de soutenir que la commission de crimes aussi graves soit assimilable à l'exercice des fonctions du chef d'État »); et Lord Nicholls, p. 1332 (« Et, est-il besoin de le dire, la torture de ses propres sujets ou d'étrangers n'est pas regardée comme une fonction du chef d'État par le droit international. Tous les États désapprouvent l'emploi de la torture comme une atrocité, même si de temps à autre certains y recourent. De même, la prise d'otages, autant que la torture, a été érigée en infraction par la communauté internationale. Le droit international reconnaît bien entendu que les fonctions du chef d'État peuvent comprendre des activités qui sont injustes, voire illégales au regard de la législation de son propre État ou d'autres États. Mais il est clair qu'en droit international certains types de comportements, notamment la torture et la prise d'otages, ne constituent pas une conduite acceptable de la part de quiconque. Ceci vaut autant, ou même encore plus, pour le chef d'État que pour n'importe qui d'autre; une conclusion contraire ferait fi du droit international. »).

⁵³⁷ Voir Cosnard, op. cit. (1999) note 226, p. 319.

même affaire⁵³⁸. D'autres décisions de tribunaux internes semblent souscrire à cette solution⁵³⁹.

192. Toutefois, l'idée que les crimes de droit international ne constitueraient pas, par leur nature même, des actes officiels a été critiquée par les tribunaux internes⁵⁴⁰

⁵³⁸ Voir l'opinion sans ambiguïté exprimée par Lord Hutton, *Pinochet* n° 3, p. 639 : « Si je conclus que Pinochet n'a pas droit à l'immunité, c'est parce que je considère que commettre des actes de torture n'entre pas dans les fonctions du chef d'État, et donc qu'en l'espèce l'immunité à laquelle le sénateur Pinochet a droit en sa qualité d'ancien chef d'État ne joue pas relativement à des actes de torture et ne les couvre pas. » Pour une opinion moins tranchée, voir également Lord Browne-Wilkinson, *ibid.*, p. 503 : « Donc la question à laquelle il faut répondre est celle de savoir si l'organisation de la torture d'État reprochée au sénateur Pinochet (si elle est établie) constitue un acte commis par ce dernier dans le cadre de ses fonctions officielles de chef de l'État. Il ne suffit pas de dire que la commission d'une infraction ne saurait entrer dans les fonctions du chef d'État. Des actes qui sont réprimés par la législation locale peuvent néanmoins avoir été accomplis officiellement et donc bénéficier de l'immunité *ratione materiae*. Il faut analyser l'affaire de manière plus approfondie. »

⁵³⁹ Par exemple, saisie d'une instance pénale contre Desi Bouterse, ancien chef d'État du Suriname, la Cour d'appel d'Amsterdam a refusé l'immunité à Bouterse au motif que « la commission de très graves infractions pénales de cette nature ne peut être regardée comme relevant des fonctions officielles du chef d'État »; arrêt du 20 novembre 2000, par. 4.2, partiellement reproduit en anglais dans *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. XXXII (2001), p. 277. (Pour un commentaire, voir Liesbeth Zegveld, « The Bouterse case », *ibid.*, p. 97 à 118, en particulier p. 113 à 116). Voir également le tribunal de district du Massachusetts, *Teresa Xuncax*, jugement du 15 avril 1995, 886 F.Supp. 162 (affaire civile).

⁵⁴⁰ Voir les opinions dissidentes dans l'affaire *Pinochet* n° 1 : Lord Slynn Hadley, p. 1309, et Lord Lloyd of Berwick, *ibid.*, p. 1323 et 1324. Pour un commentaire, voir Pierson, *op. cit.* note 240, p. 291 (notant en particulier que « même si les auteurs de l'opinion dissidente ne le disent pas aussi brutalement, leur solution postule qu'un gouvernement oppresseur n'en est pas moins un gouvernement »). Voir également les affaires ci-après (bien qu'il ne s'agisse pas d'affaires pénales) : tribunal du district nord de Californie; *Jane Doe I, et al., Plaintiffs v. Liu Qi et al., Defendants; Plaintiff A, et al., Plaintiffs v. Xia Deren, et al., Defendants*, p. 1285 et suivantes (faisant application de la loi des États-Unis sur l'immunité des États étrangers dans une instance introduite par des pratiquants du Falun Gong contre des agents de l'État de la République populaire de Chine, le tribunal de district a rejeté l'argument des demandeurs selon lequel « en l'espèce, les défendeurs, en violant le droit international, ont outrepassé leurs pouvoirs et [n'avaient] donc pas droit à l'immunité en vertu de la loi sur l'immunité des États étrangers » (*ibid.*, p. 1280); le tribunal de district a jugé que l'« étendue des pouvoirs de l'agent » en cause devait « s'apprécier au regard du droit interne de l'État étranger » (*ibid.*, p. 1283); tribunal du district sud de New York, *Ra'Ed Mohamad Ibrahim Matar, et al., Plaintiffs v. Avraham Dichter, former Director of Israel's General Security Service, Defendant*, p. 292 et 293 (le tribunal de district a rejeté l'argument des demandeurs selon lequel, comme les exécutions extrajudiciaires alléguées dans la plainte violaient des principes de droit international relevant du *jus cogens*, elles outrepassaient nécessairement l'autorité légale de l'agent de l'État concerné aux fins de la loi sur l'immunité des États étrangers); Cour d'appel du circuit du district de Columbia, *Ali Saadallah Belhas et al., Appellants v. Moshe Ya'alon, Former Head of Army Intelligence Israel, Appellee*, n° 7-7009, 15 février 2008 (rejetant l'argument des appelants selon lequel le général Ya'alon avait violé des normes de droit international relevant du *jus cogens* et avait, ce faisant, agi « en dehors de toute autorité qui aurait pu le protéger contre une action en justice »). En ce qui concerne la torture, voir également l'opinion exprimée par Lord Bingham of Cornhill (par. 19) et Lord Hoffmann (par. 72 et suivants) dans l'affaire *Jones* devant la Chambre des lords du Royaume-Uni.

et par la doctrine⁵⁴¹. On a fait observer que « dans la plupart des cas, les crimes [internationaux] sont précisément commis par des hauts responsables ou avec leur appui dans le cadre d'une politique d'État, et peuvent donc ainsi constituer des actes officiels »⁵⁴². La même thèse a été défendue par la juge ad hoc van den Wyngaert dans son opinion dissidente en l'affaire du *Mandat d'arrêt*⁵⁴³. De plus, l'idée que les crimes de droit international soient, de par leur nature même, commis [à titre privé] peut être difficile à concilier avec le principe qui veut que l'État doit répondre des crimes de droit international commis par ses organes⁵⁴⁴. À cet égard, il convient de mentionner l'opinion exprimée par la Chambre de première instance du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie en l'affaire *Le Procureur c/ Kunarac*. La Chambre, loin de considérer que les crimes de droit international ne sauraient constituer des actes « officiels », a fait l'observation suivante :

« [...] le droit international pénal n'accorde aucun privilège qui exonérerait les représentants ou les agents de l'État de toute responsabilité pénale individuelle. Au contraire, le fait d'avoir agi à titre officiel peut constituer une circonstance aggravante 4 au stade de la condamnation, puisque l'agent de

⁵⁴¹ Voir, en particulier, Dominicé, op. cit. note 240, p. 304 et 305, qui critique vigoureusement l'argument selon lequel, par définition, les actes contraires au droit international (comme la torture) ne devraient pas être considérés comme accomplis à titre officiel. Les critiques ont aussi été adressées par Akande, op. cit. note 408, par. 414; Cosnard, op. cit. (1999) note 226, p. 315 (à la solution retenue par la majorité des Lords dans la décision rendue le 25 novembre 1998 dans l'affaire *Pinochet*); De Smet et Naert, op. cit. note 434, p. 505; et Sassöli, op. cit. note 422, p. 802 et 803 (examinant les opinions dissidentes et individuelles dans l'affaire *Mandat d'arrêt* ... devant la Cour internationale de Justice s'agissant de savoir si des crimes internationaux doivent être considérés comme des actes officiels, et finissant par souscrire à l'opinion du juge Al-Khasawneh selon laquelle les crimes internationaux sont par définition des actes officiels). Voir aussi Verhoeven, « Rapport provisoire », op. cit. note 207, p. 514.

⁵⁴² Wouters, op. cit. note 320, p. 262. L'auteur reproche ensuite à la Cour d'avoir utilisé le « critère ambitieux et controversé "actes officiels/actes privés" au lieu de reconnaître dans les crimes internationaux une exception aux immunités dont jouissent les anciens ministres ».

⁵⁴³ Opinion dissidente, p. 162, par. 36 : « [La Cour] aurait pu – et aurait même dû – ajouter que les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité ne tombent jamais dans [la] catégorie [des actes accomplis à titre privé]. Certains crimes de droit international (par exemple certains actes de génocide et d'agression) ne peuvent être commis, pour des raisons d'ordre pratique, qu'avec des moyens dont seul un État peut disposer et dans le cadre d'une politique adoptée par lui. En d'autres termes, vus sous cet angle, ces actes ne peuvent être que des actes "officiels" ».

⁵⁴⁴ Voir, à cet égard, les observations faites par Markus Rau, « After *Pinochet*: Foreign Sovereign Immunities in Respect of Serious Human Rights Violations – The Decisions of the European Court of Human Rights in the *Al-Adsani* case », *German Law Journal*, vol. 3 (2002), p. 7 : « En fait, les tribunaux fédéraux des États-Unis, bien qu'ils accordent constamment l'immunité souveraine aux États étrangers en vertu de la loi sur l'immunité des États étrangers même en cas de violation flagrante des droits de l'homme, tendent à considérer les actes de torture, les exécutions sommaires et les autres violations graves des droits de l'homme comme outrepassant les pouvoirs de l'agent en cause et donc comme non couverts par les immunités individuelles conférées par la loi sur l'immunité des États étrangers. Cette solution a été, *mutatis mutandis*, rejetée par la Chambre des lords dans sa décision *Pinochet*. Elle est aussi difficile à concilier avec l'idée que la conduite d'un individu, « acte privé » qui n'est pas imputable au souverain, n'en viole pas moins le droit international. Néanmoins, comme la Cour européenne des droits de l'homme ne s'est pas prononcée sur les immunités des individus, un procès contre des agents de l'État peut, dans les faits, continuer d'offrir une possibilité de réparation des violations des droits de l'homme. »

l'État a usé et abusé illicitement d'un pouvoir qui lui a été conféré à des fins légitimes. » ⁵⁴⁵

ii) *Exclusion de l'immunité ratione materiae en tant qu'exception consacrée par le droit international*

193. Sans nier que les crimes de droit international puissent être regardés comme des actes officiels aux fins de l'immunité *ratione materiae*, une partie de la doctrine considère néanmoins que les crimes en question ne sont pas couverts par cette immunité parce qu'il existe une exception à cet effet en droit international. Telle est aussi la solution retenue par l'Institut de droit international à l'article 13 de sa résolution de 2001⁵⁴⁶. L'Institut a évité la controverse sur le point de savoir si les crimes de droit international peuvent être considérés comme des actes officiels en excluant purement et simplement ces crimes du champ de l'immunité *ratione materiae* des anciens chefs d'État ou de gouvernement⁵⁴⁷.

194. On a invoqué différentes considérations pour postuler l'existence d'une exception à l'immunité *ratione materiae* pour les crimes de droit international. Certains auteurs ont fait valoir que les règles définissant ces crimes relevaient du *jus cogens*, de sorte qu'elles devaient prévaloir sur les règles de l'immunité, qui, quant

⁵⁴⁵ Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre de première instance, *Le Procureur c/ Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac et Zoran Vukovic*, jugement du 22 février 2001, par. 494.

⁵⁴⁶ Voir *supra*, note 322.

⁵⁴⁷ Salmon, op. cit. (2002) note 320, p. 517, commentant le texte adopté par l'Institut pour exclure les crimes de droit international du champ de l'immunité *ratione materiae* d'un ancien chef d'État : « Par cette formulation, l'Institut a voulu soustraire, de manière explicite, de l'immunité du bénéficiaire, lorsqu'il n'est plus en fonctions, certains actes illicites (« crimes de droit international et actes constitutifs de l'appropriation frauduleuse des avoirs ou des ressources de l'État ») et éviter ainsi les pièges de la controverse sur le point de savoir si de tels actes peuvent être considérés comme participant de l'exercice des fonctions. » Voir également Verhoeven, « Rapport définitif », op. cit., p. 594, par. 14; et *ibid.*, p. 575 (Salmon) et p. 671 (Gaja) : « [...] la difficulté provient de ce que certaines règles du droit international décrivent les fonctions des agents diplomatiques ou consulaires, alors que le droit international renvoie au droit interne, au moins dans une certaine mesure, pour ce qui est des fonctions des chefs d'État. La Commission a fait preuve de prudence, en s'abstenant d'aborder cette matière et en consacrant une exception pour les crimes de droit international. »

à elles, ne semblaient pas avoir valeur de *jus cogens*⁵⁴⁸. Cet argument a été aussi avancé par le juge Al-Khasawneh dans son opinion dissidente dans l'affaire du

⁵⁴⁸ Voir, par exemple, Bianchi, op. cit. (1999) note 221, p. 265 (évoquant tant les immunités *ratione materiae* que les immunités *ratione personae* : « En droit international, il n'est pas douteux que les normes du *jus cogens*, par leur force supérieure, doivent prévaloir sur les autres règles internationales, y compris les immunités juridictionnelles. »); van Alebeek, op. cit. note 431, p. 49 (« une interprétation cohérente de la règle de l'immunité dans le cadre de l'ordre juridique international à laquelle elle appartient donne à penser que ni l'immunité *ratione materiae* ni l'immunité *ratione personae* ne s'étendent aux actes qui violent l'ordre public de la communauté internationale », tel que consacré en particulier dans le *jus cogens* [une note de bas de page renvoie en particulier à Bianchi]; ibid., p. 64 : « Les crimes de droit international violant des normes relevant du *jus cogens* ne peuvent être protégés par une immunité *ratione materiae*. »); H. F. van Panhuys, « In the Borderland Between the Act of State Doctrine and Questions of Jurisdictional Immunities », *International Comparative Law Quarterly*, vol. 13 (1964), p. 1213 (« Certaines règles du droit international, dont les destinataires sont les individus, peuvent avoir un caractère tellement impératif que l'invocation de l'immunité *ratione materiae* en devient totalement injustifiable. Tel est le cas des "crimes de droit international". En certaines situations, les tribunaux internes, ou les tribunaux internationaux créés par un groupe d'États, peuvent être réputés avoir compétence pour juger des personnes pour de tels crimes, même si ces derniers ont été commis sur "instructions de l'État" »); et Alberto Luis Zuppi, « Immunity v. Universal Jurisdiction: the Yerodia Ndombasi Decision of the International Court of Justice », *Louisiana Law Review*, vol. 63 (2003), p. 323 (« Il semble que le droit international ne puisse accorder l'immunité pour les actes qu'il condamne par ailleurs. On comprendrait donc mal que le droit international conçoive l'interdiction de certains crimes atroces comme primordiale, jusqu'à constituer une règle du *jus cogens*, mais admette d'autre part le bouclier de l'immunité souveraine lorsque l'auteur de ces crimes a une qualité officielle. En conséquence, lorsque l'on est en présence de pratiques consultatives d'une de ces catégories de crimes de droit international, les violations ne devraient pas être couvertes par l'immunité de l'État. »). En ce qui concerne l'interdiction de la torture, voir Kamto, op. cit. note 320, p. 528 et 529 : « Dès lors qu'est réglée la question de la compétence de la juridiction saisie, l'immunité ne peut prévaloir. Ceci semble indiscutable lorsque le crime pour lequel le ministre des affaires étrangères est poursuivi constitue la violation d'une norme impérative au sens de l'article 53 de la Convention de 1969 sur le droit des traités. Il en est ainsi de façon certaine de l'interdiction de la torture, dont une jurisprudence concordante considère, depuis le désormais célèbre arrêt *Furundzija*, qu'elle constitue une norme du *jus cogens*. Or, sauf à considérer que le principe de l'immunité du ministre des affaires étrangères est également une norme du *jus cogens* – ce dont on peut douter sérieusement –, l'interdiction de la torture – à supposer que ce soit la seule norme de *jus cogens* en matière de droits de l'homme – doit prévaloir sur la règle de l'immunité. »

*Mandat d'arrêt*⁵⁴⁹. Si l'argument tiré du *jus cogens* trouve appui dans la jurisprudence de certains tribunaux internes⁵⁵⁰, d'autres l'ont rejeté⁵⁵¹.

195. L'argument du *jus cogens* sera plus ou moins convaincant selon qu'il y a ou non conflit véritable entre les règles de l'immunité et celles établissant les crimes internationaux; il peut en effet ne pas sembler évident qu'une règle de droit international érigeant certains comportements en infraction soit incompatible avec une règle interdisant, dans certaines circonstances, l'exercice de poursuites à raison de ces comportements devant une juridiction pénale étrangère. L'existence d'un tel conflit a été niée, en ce qui concerne l'immunité de l'État, par la doctrine⁵⁵², et par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Al-Adsani*⁵⁵³. Une opinion

⁵⁴⁹ Opinion dissidente, par. 7. Le juge Al-Khasawneh avance aussi cet argument en relation avec l'immunité d'un ministre des affaires étrangères en fonctions. Selon lui, « [O]n peut arguer que la lutte effective contre les crimes graves revêt désormais le caractère de *jus cogens*, ce qui reflète la reconnaissance par la communauté internationale des intérêts et valeurs communautaires vitaux qu'elle cherche à protéger et renforcer. En conséquence, lorsque cette norme hiérarchiquement plus élevée entre en conflit avec les règles régissant l'immunité, elle devrait prévaloir. Si l'on parle de concilier les deux séries de règles, il me semble que l'interprétation des immunités des responsables de haut rang devrait être beaucoup plus restrictive que celle que retient l'arrêt. Incidemment, cette approche restrictive serait beaucoup plus conforme à la tendance maintenant fermement établie en faveur d'une notion restrictive de l'immunité de l'État, une tendance qui a éliminé l'obstacle concernant la soumission des États à la juridiction d'autres États souvent exprimé par la maxime *par in parem non habet imperium*. On voit mal pourquoi les États accepteraient que leur comportement concernant des domaines importants de leur développement, mais non le comportement criminel de leurs agents, puisse faire l'objet de procédures judiciaires à l'étranger. »

⁵⁵⁰ En ce qui concerne la torture, on notera la thèse défendue par Lord Millet dans l'affaire *Pinochet* n° 3, p. 651 : « Messieurs, la République du Chili était partie à la Convention contre la torture et doit être réputée avoir acquiescé à l'imposition aux tribunaux étrangers de l'obligation d'affirmer et d'exercer leur compétence à l'égard de l'usage officiel de la torture. Je ne considère pas qu'elle ait ce faisant renoncé à son immunité. À mon avis, il n'y avait pas d'immunité à laquelle renoncer. L'infraction est de celles qui ne peuvent être commises que dans des circonstances qui donneraient normalement prise à l'immunité. La communauté internationale a créé une infraction pour laquelle l'immunité *ratione materiae* ne peut être invoquée. On ne peut en bonne logique concevoir que le droit international ait établi un crime ayant le caractère de *jus cogens* et ait en même temps prévu une immunité coïncidant avec l'obligation qu'il cherche à imposer. » Voir également, dans une action civile intentée contre l'Allemagne : Italie, Cour de cassation, *Ferrini v. Repubblica Federale di Germania*, p. 547, par. 9.1, jugeant que les règles établissant les crimes internationaux, qui ont un « rang plus élevé », doivent prévaloir sur les règles de l'immunité de l'État de la juridiction étrangère.

⁵⁵¹ Voir, en particulier Cour d'appel, circuit du district de Colombia, *Hwang Geum Joo et al. v. Japan*, arrêt du 27 juin 2003, 332 F.3d 679. Dans cette affaire, 15 anciennes « femmes de réconfort » avaient intenté une action en dommages-intérêts contre le Japon pour esclavage sexuel et tortures infligés avant et durant la Seconde Guerre mondiale; le tribunal de district a rejeté l'argument des plaignantes selon lequel les règles dont la violation était alléguée ayant le caractère de *jus cogens*, le Japon avait implicitement renoncé à son immunité juridictionnelle (ibid., p. 686 et 687).

⁵⁵² Voir Hazel Fox, *The Law of State Immunity*, Oxford University Press, 2002), p. 525 : « L'immunité de l'État est une règle procédurale concernant la compétence d'un tribunal national. Elle ne concerne pas le fond du droit; elle ne contredit pas une interdiction édictée par une norme du *jus cogens* mais ne fait que réorienter toute violation de cette norme vers une méthode différente de règlement. On peut donc arguer qu'il n'y a, dans l'invocation procédurale de l'immunité de l'État, aucun élément de fond auquel une prescription du *jus cogens* puisse être opposée. »

⁵⁵³ Affaire *Al-Adsani v. Royaume-Uni*, par. 52 à 67, en particulier par. 61 : « [...] Nonobstant le caractère particulier que le droit international reconnaît à la prohibition de la torture, la Cour ne

comparable a été exprimée à la Chambre des lords, au Royaume-Uni, en l'affaire *Jones* où l'immunité de la juridiction civile étrangère tant de l'État que de ses représentants était en cause⁵⁵⁴. On peut se demander s'il y a, à vrai dire, conflit entre les règles établissant des crimes internationaux et l'immunité des représentants de l'État de la juridiction *pénale* étrangère⁵⁵⁵. À cet égard, on a fait valoir que l'immunité était difficilement conciliable avec la réprobation absolue des crimes en question par la communauté internationale⁵⁵⁶.

196. Cette question est d'autant plus pertinente qu'on admet de plus en plus que la qualité officielle dont jouit l'auteur d'un crime de droit international ne l'exonère

décède dans les instruments internationaux, les décisions judiciaires ou les autres documents en sa possession aucun élément solide qui l'autoriserait à conclure qu'en droit international un État ne jouit plus de l'immunité d'action civile devant les cours et tribunaux d'un autre État saisis d'allégations de torture [...] »; et par. 66 : « En conséquence, même si elle relève que l'importance primordiale de la prohibition de la torture est de plus en plus reconnue, la Cour ne juge pas établi qu'il soit déjà admis en droit international que les États ne peuvent prétendre à l'immunité en cas d'actions civiles en dommages-intérêts à raison d'actes de torture qui auraient été perpétrés en dehors du l'État du for. La loi de 1978, qui accorde l'immunité aux États en cas d'actions pour atteinte à l'intégrité de la personne sauf le cas de causer préjudice au Royaume-Uni, n'est pas en contradiction avec les limitations généralement admises par la communauté des nations comme relevant du principe de l'immunité des États. » *Comparer* avec l'opinion dissidente commune des juges Rozakis et Caflisch, à laquelle se sont ralliés M. Wildhaber, M. Costa, M. Cabral Barreto et M^{me} Vajić, en particulier le paragraphe 4 : « [...] Ce n'est pas la nature de la procédure, mais la valeur de normes impératives de la règle et son interaction avec une règle de rang inférieur qui déterminent les effets d'une règle de *jus cogens* sur une autre règle du droit international. Règle de *jus cogens*, la prohibition de la torture s'applique sur le plan international, car celui-ci prive de tous ses effets juridiques la règle sur l'immunité des États étrangers, peu importe le caractère pénal ou civil de la procédure interne. L'obstacle à la compétence est écarté par l'interaction même des règles internationales en jeu, et le juge national ne peut accueillir une exception d'immunité soulevée par l'État défendeur parce qu'il y voit un élément l'empêchant d'aborder le fond et d'examiner la demande du requérant pour les dommages qu'il aurait subis. »

⁵⁵⁴ *Jones*, Lord Hoffmann, en particulier par. 45-44 : « Le *jus cogens* est l'interdiction de la torture. Mais le Royaume-Uni, en accordant l'immunité de l'État au Royaume, ne propose pas de torturer qui que ce soit, pas plus que le Royaume, en invoquant l'immunité, n'entend justifier l'usage de la torture. [...] Pour qu'il y ait conflit avec l'immunité de l'État, il est donc nécessaire de montrer que l'interdiction de la torture a donné naissance à une règle procédurale auxiliaire qui, au moyen d'une exception à l'immunité de l'État, habilite les États ou peut-être exige d'eux qu'ils exercent leur juridiction civile à l'égard d'autres États dans les affaires où des actes de torture sont allégués. Une telle règle est peut-être souhaitable et, comme le droit international évolue, existe peut-être. Mais, contrairement à ce qu'affirme la minorité [de la Cour européenne des droits de l'homme] dans l'affaire *Al-Adsani*, elle n'est pas *impliquée* par l'interdiction de la torture. »

⁵⁵⁵ Akande nie l'existence d'un tel conflit, op. cit. note 408, p. 414.

⁵⁵⁶ Voir, en particulier, Villalpando, op. cit. note 407, p. 424 : « [...] La condamnation suprême des crimes contre l'humanité et le principe d'universalité pour sa répression paraissent incompatibles avec le moyen de défense tiré de l'immunité » (notes de bas de page omises). Voir aussi Bianchi, op. cit., (1999), p. 260 et 261 : « L'incompatibilité de la notion même de crimes de droit international avec toute forme d'immunité qui permet aux individus de s'abriter derrière leur qualité officielle est manifeste. L'immunité en tant que forme de protection que le droit international accorde, dans certaines circonstances, à des catégories particulières d'individus, est incompatible avec un comportement qui va à l'encontre des principes fondamentaux de l'ordre juridique international. Il s'agit d'un argument logique. Le droit international ne peut accorder l'immunité de poursuites pénales en ce qui concerne des actes que lui-même condamne comme criminels et portant atteinte aux intérêts de la communauté internationale dans son ensemble. »

pas de sa responsabilité pénale. La Commission a clairement consacré ce principe dans ses projets de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité de 1954 et 1996⁵⁵⁷. Il semble aussi qu'elle ait, dans son commentaire de l'article 7 du Projet de code de 1996, considéré ce principe – qui touche le fond du droit – comme incompatible avec l'invocation d'immunités procédurales en présence de crimes de droit international, bien que l'on ne puisse totalement exclure que la Commission visait également, dans ce contexte, les immunités devant les juridictions étrangères nationales⁵⁵⁸ :

« Le Tribunal de Nuremberg a en outre reconnu dans son jugement que l'auteur d'un crime de droit international ne peut invoquer sa qualité officielle pour se soustraire à la procédure normale ou se mettre à l'abri du châtiement. L'absence de toute immunité procédurale permettant de se soustraire aux poursuites ou au châtiement dans le cadre d'une procédure judiciaire appropriée constitue un corollaire essentiel de l'absence de toute immunité substantielle ou de tout fait justificatif. [Note 69 : Des poursuites engagées devant une cour criminelle internationale seraient l'exemple type de la procédure judiciaire appropriée où l'individu ne pourrait invoquer aucune immunité substantielle ou procédurale en arguant de sa qualité officielle pour se soustraire aux poursuites et au châtiement]. »⁵⁵⁹

197. L'irrecevabilité du moyen de défense tiré de la qualité officielle de l'auteur a aussi été invoquée par la doctrine, avec d'autres éléments, pour affirmer l'existence d'une *règle spécifique de droit coutumier* énonçant une exception à l'immunité *ratione materiae* en ce qui concerne les crimes de droit international⁵⁶⁰.

198. Commentant l'arrêt de la Cour internationale de Justice en l'affaire du *Mandat d'arrêt*, Cassese reproche à la Cour de n'avoir pas mentionné « la règle coutumière levant les immunités fonctionnelles des représentants de l'État accusés de crimes internationaux »⁵⁶¹. Selon lui,

« La cristallisation de cette règle dans la communauté internationale apparaît à travers plusieurs éléments : les dispositions de certaines conventions ou autres instruments portant sur les tribunaux internationaux, mais aussi la jurisprudence internationale et nationale. »⁵⁶²

⁵⁵⁷ Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité de 1954 et Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité de 1996. Pour les textes voir Première partie, sect. D.3.

⁵⁵⁸ Première partie, sect. D.3 *supra*.

⁵⁵⁹ *Annuaire... 1996*, vol. II (deuxième partie), p. 27, par. 6 du commentaire de l'article 7.

⁵⁶⁰ Parmi les tenants d'une telle règle coutumière, voir en particulier Cassese, « Peut-on poursuivre ... », op. cit. note 206, p. 864 à 866 et 870 à 874; Gaeta, op. cit., (2002), p. 979 à 982; Zappalà, op. cit. note 214, p. 601 et 602; et Weyembergh, op. cit. note 494, 186 à 191 (soutenant qu'il existe une règle de droit coutumier énonçant une exception au principe de l'immunité des anciens chefs d'État en cas de crimes contre l'humanité, crimes de guerre et crimes contre la paix, notant qu'une telle exception opère devant les tribunaux nationaux et internationaux et que son existence ne peut être niée pour la seule raison qu'en pratique elle n'a jusqu'ici abouti à la condamnation d'aucun chef d'État (p. 189 et 190). Voir aussi Akande, op. cit., p. 414 (évoquant une « règle distincte écartant les immunités *ratione materiae* dans les instances concernant des crimes internationaux »).

⁵⁶¹ Cassese, « Peut-on poursuivre ... », op. cit. note 206, p. 489.

⁵⁶² Ibid., p. 864 et 865.

Sur le même point, un autre auteur⁵⁶³ abonde dans le même sens :

« [...] on peut arguer qu'une règle de droit coutumier s'est faite jour au plan – international qui veut que tous les représentants de l'État, y compris au plus haut niveau, n'aient droit à aucune immunité fonctionnelle dans une instance pénale – qu'elle soit nationale ou internationale – s'ils sont accusés d'infractions telles que les crimes contre l'humanité (commis en temps de guerre ou non). Il semble que cette règle coutumière constitue une exception à la règle générale accordant l'immunité fonctionnelle aux organes de l'État pour les actes qu'ils accomplissent à titre officiel. À l'évidence, la relation entre les deux règles est celle qui existe entre une *lex specialis* et une *lex generalis*. La raison d'être de la règle spéciale est par contre moins claire. Peut-être considère-t-on que les infractions en cause s'attaquent à des valeurs que la communauté internationale en est arrivée à considérer comme d'une importance capitale. Il semble donc injustifiable de poursuivre et juger des délinquants mineurs alors que les dirigeants ne pourraient être punis, d'autant plus que normalement de tels crimes sont commis à l'instigation de hauts représentants de l'État, ou de connivence avec eux, ou au moins sont tolérés par eux. Comme d'ordinaire, les États ne traduisent pas en justice leurs propres hauts représentants qui seraient accusés d'avoir commis les crimes en question, ces crimes resteraient impunis si la règle coutumière relative aux immunités fonctionnelles continuait de protéger les représentants de l'État de haut rang contre les poursuites pénales devant les tribunaux étrangers ou les juridictions pénales internationales⁵⁶⁴ » (note de bas de page omise).

199. Dans la doctrine, plusieurs éléments sont invoqués par ceux qui défendent l'existence d'une règle du droit international coutumier levant l'immunité *ratione materiae* en cas de crimes de droit international. Ils comprennent non seulement la jurisprudence interne (en particulier les arrêts *Eichmann*⁵⁶⁵ et *Pinochet*⁵⁶⁶) mais aussi divers instruments : l'Accord de Londres du 8 août 1945 portant création du Tribunal militaire international de Nuremberg⁵⁶⁷; le Statut du Tribunal militaire international pour l'Extrême-Orient⁵⁶⁸; le décret n° 10 du Conseil de contrôle des alliés⁵⁶⁹; la Convention de 1948 sur la prévention et la répression du crime de génocide⁵⁷⁰; le Principe III de Nuremberg, confirmé par l'Assemblée générale des Nations Unies dans sa résolution 95 (I) du 11 décembre 1946 et formulé ultérieurement par sa Commission⁵⁷¹; la Convention internationale sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid (1973)⁵⁷², les statuts du Tribunal pénal

⁵⁶³ Gaeta, op. cit., (2002) note 195, p. 979 à 983.

⁵⁶⁴ Ibid, p. 982.

⁵⁶⁵ Voir par. 184 ci-dessus.

⁵⁶⁶ Voir par. 185 ci-dessus.

⁵⁶⁷ L'article 7 de cet accord dispose : « La situation officielle des accusés, soit comme chef d'État, soit comme haut fonctionnaire, ne sera considérée ni comme une excuse absolutoire ni comme un motif de diminution de la peine. » Voir également première partie, sect. C.3.

⁵⁶⁸ Art. 6. Pour le texte, voir première partie, sect. D, note 17 ci-dessus.

⁵⁶⁹ L'article II 4) a) de ce texte dispose : « Les fonctions officielles qu'occupe une personne, que ce soit comme chef de l'État ou comme responsable d'un organisme public, ne l'exonèrent pas de la responsabilité d'un crime ni ne l'autorisent à faire valoir des circonstances atténuantes. »

⁵⁷⁰ Article 4. Pour le texte, voir première partie, sect. A, note 8 ci-dessus.

⁵⁷¹ Principe III. Pour le texte, voir première partie, sect. A, note 7 ci-dessus.

⁵⁷² L'article 3 de la Convention dispose : « Sont tenus pour pénalement responsables sur le plan international, et quel que soit le mobile, les personnes, les membres d'organisations et

international pour l'ex-Yougoslavie⁵⁷³ et du Tribunal pénal international pour le Rwanda⁵⁷⁴ et l'article 27 du statut de la Cour pénale internationale⁵⁷⁵. S'agissant du caractère coutumier du principe consacré à l'article 7 du Statut du Tribunal militaire international et à l'article 7, par. 2, du Statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, il convient de noter les conclusions de la Cour suprême d'Israël dans l'affaire *Eichmann*⁵⁷⁶ et la jurisprudence du Tribunal pénal international⁵⁷⁷.

200. Pour démontrer que la règle « levant l'immunité *ratione materiae* en cas de crimes de droit international a un caractère coutumier, on invoque de nombreuses décisions des tribunaux refusant l'immunité à des représentants de l'État étrangers jugés pour crimes de guerre, crimes contre l'humanité ou génocide⁵⁷⁸. À cet égard,

d'institutions et les représentants de l'État, qu'ils résident sur le territoire de l'État dans lequel les actes sont perpétrés ou dans un autre État, qui :

- a) Committent les actes mentionnés à l'article 2 de la présente Convention, participent à ces actes, les inspirent directement ou conspirent à leur perpétration;
- b) Favorisent ou encouragent directement la perpétration du crime d'apartheid ou y coopèrent directement. »

⁵⁷³ Article 7, par. 2. Pour le texte, voir première partie, sect. D, note 171. Sur la raison d'être de cette disposition et son impact sur les immunités des représentants de l'État, voir le rapport présenté par le Secrétaire général en application du paragraphe 2 de la résolution 808 (1993) du Conseil de sécurité (document S/25704).

« [Par.] 55. Dans pratiquement toutes les observations écrites que le Secrétaire général a reçues, il est suggéré que le statut du Tribunal international contienne des dispositions concernant la responsabilité pénale individuelle des chefs d'État, hauts fonctionnaires et personnes agissant dans l'exercice de fonctions officielles. Cette opinion est fondée sur les précédents adoptés après la Seconde Guerre mondiale. *Le Statut devrait donc contenir des dispositions stipulant que le fait d'invoquer l'immunité en raison de la qualité de chef d'État ou au motif que l'acte a été commis dans l'exercice des fonctions officielles de l'accusé ne sera considéré ni comme une justification ni comme un motif de diminution de la peine.*

[...]

[Par.] 57. *Le fait d'agir sur l'ordre d'un gouvernement ou d'un supérieur ne peut exonérer l'auteur du crime de sa responsabilité pénale et ne devrait pas être une justification.*

L'obéissance à des ordres donnés par un supérieur peut toutefois être considérée comme une circonstance atténuante si le Tribunal international l'estime conforme à la justice. Le Tribunal peut, par exemple, examiner cet élément en même temps que d'autres éléments d'excuse, tels que la coercition ou l'absence de choix moral. » (les italiques sont de nous).

⁵⁷⁴ Dont l'article 6, par. 2, dispose : « 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. »

⁵⁷⁵ Pour le texte de l'article 27, voir première partie, sect. D.4, par. 84 ci-dessus et note correspondante.

⁵⁷⁶ *International Law Reports*, vol. 36, p. 311.

⁵⁷⁷ Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre de première instance, *Le Procureur c/ Karadžić et consorts*, décision du 16 mai 1985, par. 22 à 24; Chambre de première instance, *Le Procureur c/ Furundžija*, jugement du 10 décembre 1998, par. 140; et Chambre de première instance, *Le Procureur c/ Slobodan Milosevic* décision relative aux exceptions préjudicielles, décision du 8 novembre 2001, par. 28.

⁵⁷⁸ Cassese mentionne les affaires suivantes : *Eichmann*; Cour de cassation (Chambre criminelle), *Fédération nationale des déportés et internés résistants et patriotes et autres c. Barbie*, 20 décembre 1985, *Revue générale de droit international public* (1984), p. 508; Pays-Bas, Cour spéciale de cassation, *In re Rauter*, 12 janvier 1949, reproduit dans *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, 1949, affaire n° 193, p. 526 à 548; Cour spéciale de cassation, *In re Ahlbrecht*, 11 avril 1949, *ibid.*, affaire n° 141, p. 397 et 399; Royaume-Uni,

tout en reconnaissant que bon nombre de ces affaires concernait des officiers des forces armées, un auteur a fait observer :

« Il serait de fait curieux qu'une règle coutumière n'ait vu le jour qu'en ce qui concerne les membres des forces armées et non tous les agents de l'État qui commettent des crimes internationaux⁵⁷⁹ ».

201. D'autre part, d'autres facteurs peuvent devoir être pris en considération pour déterminer si une règle de droit coutumier s'est bien faite jour qui prévoit une exception à l'immunité *ratione materiae* de la juridiction pénale étrangère pour les crimes de droit international.

202. Se pose notamment la question de la pertinence des développements intervenus dans le domaine de la justice pénale internationale⁵⁸⁰. À cet égard, on a fait valoir que la question des immunités ne se pose même pas devant les tribunaux internationaux⁵⁸¹. Quoiqu'il en soit, on s'est demandé si les règles relatives à l'immunité de la juridiction pénale étrangère s'appliqueraient également devant les tribunaux internationaux⁵⁸². De plus, dans la mesure où les statuts ou la pratique des

Tribunal militaire britannique de Venise (Italie), procès d'Albert Kesselring, 17 février- 6 mai 1947, reproduit dans *Law Reports of Trial of War Criminals*, vol. 9 (1949), p. 9 à 14; Royaume-Uni, Tribunal militaire britannique de Hambourg (Allemagne), *In re von Lewinski*, 19 décembre 1949, reproduit dans *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, 1949, affaire n° 192, p. 509 à 525; Royaume-Uni, Chambre des lords, *Pinochet* n° 3; Cour suprême des États-Unis, *Yamashita v. Styer, Commanding General, U.S. Army Forces, Western Pacific*, 4 février 1946, 327 U.S. 1, 66 S. Ct. 340; et Pologne, Tribunal national suprême, *In re Buhler*, 10 juillet 1948, reproduit dans *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases* (1948), p. 680 à 682.

⁵⁷⁹ Cassese, « Peut-on poursuivre ... », op. cit. note 206, p. 871. Dans ce contexte, l'auteur renvoie au Manuel opérationnel de l'armée des États-Unis, *The Law of Land Warfare* (juillet 1956). Il faut observer qu'on peut lire au paragraphe 510 de ce texte : « Le fait qu'une personne qui a commis un acte qui constitue un crime de guerre agit en qualité de chef d'État ou autre qualité officielle ne l'exonère pas de sa responsabilité pour son acte. » Gaeta formule le même argument, op. cit. (2003) note 501, p. 190.

⁵⁸⁰ Sur ce point, voir Klingberg, op. cit. note 207, p. 552 à 556, commentant l'affaire *Mandat d'arrêt* ... devant la Cour internationale de Justice : « Pour étayer son argument [selon lequel les immunités ne protègent pas contre les poursuites pour crimes de guerre ou pour crimes contre l'humanité], la Belgique invoquait la pratique des tribunaux militaires internationaux de Nuremberg et de Tokyo. Pourtant, il semble douteux que l'on puisse déduire de cette pratique que l'immunité de nationaux d'États tiers puisse faire l'objet de dérogation lorsque les intéressés sont accusés d'avoir commis des crimes internationaux. On peut très bien faire valoir, et on l'a fait, que les Alliés, lorsqu'ils ont créé le Tribunal militaire international de Nuremberg, agissaient en tant que souverains de fait de l'Allemagne. En ce qui concerne le Tribunal militaire international de Tokyo, on a soutenu que le Japon, dans l'acte de capitulation, avait consenti à ce que des ressortissants japonais soient poursuivis devant le Tribunal : dans cet instrument, le Japon s'engageait à appliquer la « déclaration de Potsdam » qui dispose notamment qu'une justice rigoureuse sera appliquée à tous les criminels de guerre. » Toutefois, l'auteur conclut ensuite que bien qu'invoquer les tribunaux militaires de Nuremberg et de Tokyo serait inapproprié, « de plus en plus souvent, les tribunaux nationaux refusent l'immunité à d'anciens chefs d'État et autres représentants de l'État accusés de crimes internationaux. » (citant *Pinochet*, *Bouterse*, *Habré* et *Kadhafi*).

⁵⁸¹ Voir, par exemple, Dominicé, op. cit. note 240, p. 307 (« [...] de toute manière, la notion d'immunité de juridiction est irrelevante devant un tribunal international »).

⁵⁸² Voir la conclusion en sens contraire de la Chambre d'appels du Tribunal spécial pour la Sierra Leone, ci-dessus première partie, sect. D1. Comparer avec Casey et Rivkin, « The Rome Statute's unlawful application to non-State Parties », *Virginia Journal of International Law*,

tribunaux internationaux semblent s'écarter des règles établies du droit coutumier des immunités, il reste à déterminer si ces développements constituent une dérogation au droit coutumier⁵⁸³ ou des éléments ayant, avec d'autres, entraîné une évolution du droit. En ce qui concerne l'interaction entre l'article 27 du Statut de la Cour pénale internationale et le droit international coutumier, on a dit que la levée des immunités *ratione materiae* s'agissant des crimes relevant du Statut de Rome ne fait que traduire une évolution du droit international coutumier⁵⁸⁴.

203. On peut aussi se demander si les divers éléments de la pratique étayant le principe selon lequel la qualité officielle d'un individu est dénuée de pertinence en matière de crimes de droit international entraîneraient nécessairement l'inapplicabilité, s'agissant de tels crimes, de l'immunité *ratione materiae* de la juridiction pénale étrangère⁵⁸⁵. Cette question semble devoir rester sans réponse si l'immunité *ratione personae* et l'immunité *ratione materiae* sont toutes deux considérées comme de simples obstacles *procéduraux* à l'exercice de sa juridiction par un État étranger⁵⁸⁶. À l'opposé, si l'on considère l'immunité *ratione materiae* de la juridiction pénale étrangère comme un *moyen de défense* au fond au motif que les actes officiels d'un organe de l'État sont imputables à l'État et non à l'individu⁵⁸⁷, il semble y avoir des raisons convaincantes de considérer qu'un tel moyen de défense ne peut être accueilli lorsque le comportement en cause a été érigé en infraction par l'ordre juridique international⁵⁸⁸.

204. Quoi qu'il en soit, pour déterminer si une règle coutumière est apparue qui aurait supprimé l'immunité *ratione materiae* en ce qui concerne les crimes de droit

vol. 44 (2003-2004), p. 82, qui estiment que le Statut de la CPI ne peut écarter les règles coutumières bien établies en matière d'immunités et qu'il ne saurait affecter la situation juridique des États qui ne l'ont pas ratifié, sauf s'ils acceptent la compétence de la Cour dans une affaire donnée.

⁵⁸³ En ce qui concerne, en particulier, le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie et le Tribunal pénal international pour le Rwanda, voir discussion dans Day, op. cit. note 346, p. 502.

⁵⁸⁴ Gaeta, op. cit. (2002) note 195, p. 990 : « L'article 27, paragraphe 1, ne s'écarter pas du droit international coutumier en ce qui concerne les immunités fonctionnelles énoncées dans les règles internationales. Il pose une nouvelle fois la règle coutumière selon laquelle on ne peut se soustraire à sa responsabilité pénale en faisant valoir que l'on a agi à titre officiel. » (Note de bas de page omise.) Voir ci-dessus, première partie, sect. D.4.

⁵⁸⁵ À cet égard, les doutes ont été exprimés par certains lords dans l'affaire *Pinochet* n° 3; voir Lord Goff of Chievely (opinion dissidente), p. 596, 599 et 609; Lord Hope of Craighead, p. 622 et 623; et Lord Phillips of Worth Matravers, p. 660.

⁵⁸⁶ Voir Wickremasinghe, op. cit. (2006) note 345, p. 397 : « On peut noter que ces deux types d'immunité [immunité *ratione personae* et immunité *ratione materiae*] opèrent comme de simples obstacles de procédure à la compétence, et peuvent être levées par les autorités compétentes de l'État d'envoi, permettant ainsi aux tribunaux de l'État de réception d'exercer sa juridiction. »

⁵⁸⁷ Telle est la thèse défendue, en particulier, par Morelli, op. cit. note 213, p. 215 et 216, et Cassese, « Peut-on poursuivre ... », op. cit. note 206, p. 863.

⁵⁸⁸ Akande, op. cit., p. 414 et 415, a exprimé une opinion similaire : « Cette immunité ne joue pas dans de telles instances parce que les raisons pour lesquelles elle est conférée ne s'appliquent pas aux poursuites engagées pour crimes internationaux. Premièrement, le principe général qui veut que seul l'État, et non ses agents, puisse être tenu responsable des actes accomplis par ces derniers à titre officiel ne s'applique pas aux actes constituant des crimes internationaux. Au contraire, il est bien établi que la qualité officielle des individus ne les exonère pas de leur responsabilité individuelle en cas d'actes qui constituent des crimes de droit international, et qu'elle ne constitue donc pas un moyen de défense au fond. [...] » (Note de bas de page omise).

international, il faut aussi tenir dûment compte de la pratique judiciaire susmentionnée⁵⁸⁹, peut-être révélatrice d'une tendance en ce sens.

205. On a aussi fait valoir que l'immunité *ratione materiae* serait incompatible avec la reconnaissance de la compétence extraterritoriale ou de la compétence universelle s'agissant de certains crimes internationaux. L'incompatibilité entre l'établissement de la compétence universelle à l'égard d'un crime international et l'octroi d'une immunité *ratione materiae* pour ce crime a été expressément affirmée dans l'affaire *Pinochet* par certains des Law Lords au sujet du régime instauré par la Convention contre la torture de 1984⁵⁹⁰. De même, Lord Saville of Newdigate a déduit du régime « *aut dedere aut judicare* » institué par la Convention contre la torture une exception manifeste à l'immunité *ratione materiae* dont bénéficiait un ancien chef d'État⁵⁹¹. Par contre, la Cour internationale de Justice a jugé, dans l'affaire du *Mandat d'arrêt*, que les diverses conventions internationales exigeant des États parties qu'ils établissent leur compétence à l'égard de certains crimes n'affectaient pas les immunités en droit international coutumier⁵⁹².

206. Cette incompatibilité entre compétence universelle et immunité *ratione materiae* a été confirmée par certains spécialistes et associations scientifiques⁵⁹³.

⁵⁸⁹ Voir par. 183 à 187 ci-dessus.

⁵⁹⁰ *Pinochet* n° 3. Voir, en termes généraux, Lord Phillips of Worth Matravers, p. 661 : « Les crimes internationaux et la compétence extraterritoriale en ce qui les concerne sont tous deux des nouveaux venus dans le domaine du droit international public. Je ne pense pas que l'immunité *ratione materiae* de l'État puisse coexister avec eux. L'exercice de la compétence extraterritoriale prime le principe selon lequel un État n'intervient pas dans les affaires intérieures de l'autre parce que, s'agissant d'un crime international, ce dernier principe ne peut prévaloir. Un crime international est aussi choquant, sinon plus choquant, pour la communauté internationale lorsqu'il est commis à titre officiel. Une fois la compétence extraterritoriale établie, en exclure les actes accomplis à titre officiel n'a aucun sens. » De même, Lord Browne-Wilkinson, *ibid.*, p. 594 et 595, a souligné que la « structure sophistiquée de la compétence universelle » établie par la Convention contre la torture de 1984 « n'aurait aucun sens » si l'on reconnaissait une immunité *ratione materiae* aux représentants de l'État pour ce qui est de ces crimes. Voir aussi Lord Hope of Craighead, *ibid.*, p. 625 à 627.

⁵⁹¹ *Ibid.*, p. 642 et 643.

⁵⁹² *Mandat d'arrêt* ..., par. 59. Pour la citation, voir ci-après note 766.

⁵⁹³ Voir, en particulier, Akande, *op. cit.* note 408, p. 415 [« [...] l'immunité *ratione materiae* ne peut logiquement coexister avec une telle compétence [universelle]. De fait, si elle s'appliquait dans de tels cas, la règle antérieure conférant l'immunité priverait de pratiquement tout son sens la règle juridictionnelle postérieure. Ceci est la meilleure explication de la décision de la Chambre des Lords dans l'affaire *Pinochet* n° 3. La plupart des juges ont considéré en l'espèce que comme la Convention contre la torture limitait le crime de torture aux actes commis dans l'exercice de fonctions officielles, accorder l'immunité *ratione materiae* aurait nécessairement été incompatible avec les dispositions de la Convention qui confèrent une compétence universelle pour connaître de cette infraction. C'est pourquoi l'on doit considérer que l'immunité *ratione materiae* a été écartée par la règle conférant une compétence universelle pour les actes de torture. De même, comme les violations graves des Conventions de Genève de 1949 et les autres crimes de guerre commis lors d'un conflit armé international sont presque par définition des actes commis par des militaires et autres agents des États, les règles conventionnelles conférant compétence universelle à l'égard de tels crimes ne peuvent logiquement coexister avec l'immunité *ratione materiae* des représentants de l'État. Par contre, parce que le génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre commis dans le cadre d'un conflit armé interne peuvent être commis par des acteurs non étatiques, les règles conférant compétence universelle à l'égard de tels crimes ne coexistent pas en pratique avec l'immunité *ratione materiae* (ce qui est le cas s'agissant de la torture et des crimes de guerre commis dans le cadre d'un conflit armé international). Néanmoins, on peut arguer que ces règles

En particulier, l'idée que l'immunité *ratione materiae* est « fondamentalement incompatible » avec l'établissement de la compétence universelle à l'égard des violations graves des droits de l'homme a été exprimée par un comité de l'Association de droit international⁵⁹⁴. On a aussi dit que la compétence universelle créait une compétence égale pour toutes les nations⁵⁹⁵. En conséquence, les États qui établissent leur compétence universelle pour connaître des crimes internationaux créent en fait un réseau de relations juridictionnelles horizontales qui rendent difficile une défense fondée sur l'immunité. La situation est peut-être loin d'être réalisée, même si l'application au plan interne du Statut de Rome de la Cour pénale internationale révèle peut-être une tendance⁵⁹⁶.

207. L'incompatibilité entre la compétence universelle et l'immunité de la juridiction pénale étrangère a dans le même temps été contestée⁵⁹⁷, ou la question

juridictionnelles envisagent l'engagement de poursuites au plan interne contre des représentants de l'État et, pour cette raison, prévalent sur la règle antérieure accordant l'immunité *ratione materiae*. C'est pourquoi cette immunité n'existe pas dans le cadre des instances pénales internes engagées à raison des crimes internationaux visés dans le statut de la CPI. » (Notes de bas de page omises)], De Smet et Naert, op. cit. note 434, p. 505 et 506 [(invoquant, pour affirmer l'existence d'une exception à l'immunité fonctionnelle pour ce qui est des crimes internationaux, la notion de responsabilité pénale individuelle et le fait que les crimes en question « préoccupent tous les États et peuvent être jugés par n'importe quel État même s'ils sont commis par un autre État ou au nom d'un autre État. Cette dernière raison explique pourquoi l'exercice de la compétence universelle à l'égard de ces crimes est permis. En fait, la compétence universelle n'est pas sans importance s'agissant de l'immunité : dans la mesure où les tribunaux nationaux sont compétents pour connaître extraterritorialement de ces crimes qui sont par définition commis à titre officiel, ceci est incompatible avec l'immunité *ratione materiae*. On pourrait dire qu'il en va de même des crimes qui ne sont pas nécessairement commis à titre officiel mais le sont néanmoins le plus souvent, comme les crimes contre l'humanité. » (Notes de bas de page omises)]; Koller, op. cit. note 504, p. 21 (notant : « Comme l'Association de droit international l'a récemment déclaré, la notion d'immunité de la responsabilité pénale pour les crimes contre le droit international perpétrés à titre officiel par des responsables en poste ou d'anciens responsables, est fondamentalement incompatible avec la proposition selon laquelle les violations flagrantes des droits de l'homme sont assujetties à la compétence universelle. »); Villalpando, op. cit. note 407, p. 424; et White, op. cit. note 486, p. 216 à 222 (arguant que le droit international a reconnu, en tant que règle du *jus cogens*, la compétence universelle pour les crimes contre l'humanité et qu'il en découle qu'il ne peut y avoir immunité pour ces actes).

⁵⁹⁴ Association de droit international, « Rapport final », op. cit. note 429, p. 416 : « [...] il semblerait que la notion d'immunité pénale pour les crimes de droit international commis à titre officiel, que ce soit par des hauts responsables ou d'anciens hauts responsables, est fondamentalement incompatible avec la proposition selon laquelle les violations massives des droits de l'homme sont assujetties à la compétence universelle » (Note de bas de page omise); *ibid.*, p. 423 [Conclusions et recommandations] : « 4. Aucune immunité ne peut être invoquée au motif que les infractions ont été commises à titre officiel en cas de violations massives des droits de l'homme relevant de la compétence universelle. » Voir aussi art. 5 des Principes de Princeton.

⁵⁹⁵ Wheaton, op. cit. note 26, par. 124, note de bas de page concernant la piraterie.

⁵⁹⁶ Le rapport de Redress, « *Universal Jurisdiction in Europe, Criminal Prosecution in Europe since 1990 for War Crimes, Crimes against humanity, torture and genocide* » (30 juin 1999), indique qu'engager des poursuites pour de tels crimes sur la base de la compétence universelle est en train de devenir une pratique admise, mais qu'elle est encore loin d'être fermement établie (p. 2). En particulier, il est fréquent que l'exercice de cette compétence ne repose pas sur un fondement juridique adéquat (p. 5); rapport disponible à l'adresse www.redress.org/publications/UJEurope.pdf.

⁵⁹⁷ Voir Jean-Yves de Cara, « L'affaire *Pinochet* devant la Chambre des Lords », *Annuaire français*

n'a pas été tranchée. L'Institut de droit international, dans sa résolution 2005 intitulée « La compétence universelle en matière pénale à l'égard du crime de génocide, des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre », n'a pas traité de l'immunité en la matière. Aux termes du paragraphe 6 de cette résolution, les dispositions de cette dernière « sont sans préjudice des immunités établies par le droit international »⁵⁹⁸.

b) Autres crimes d'importance internationale

208. On peut se demander si l'immunité *ratione materiae* de la juridiction pénale étrangère doit aussi être exclue s'agissant de certains crimes d'importance internationale qui n'ont pas encore acquis le statut de « crimes de droit international ». Cette question n'est guère traitée par la doctrine, et on a fait valoir que « l'immunité ne devrait être refusée que pour les infractions qualifiées de crimes de droit international »⁵⁹⁹.

209. La résolution de 2001 de l'Institut de droit international prévoit toutefois une exception supplémentaire à l'immunité d'un ancien chef d'État ou de gouvernement de la juridiction pénale étrangère. Aux termes du paragraphe 2 de l'article 13 de cette résolution, un ancien chef d'État ne bénéficie d'aucune immunité lorsque les actes qui lui sont reprochés « sont constitutifs de l'appropriation frauduleuse des avoirs et des ressources de l'État »⁶⁰⁰. Commentant cette disposition, Fox déclare que :

« le nouveau chef d'accusation est très vaguement défini. Il semblerait que lorsque les faits sont passibles de poursuites en tant qu'infraction réprimée par le droit interne (et un texte législatif pourra devoir être adopté à cet effet), il doit être envisagé sous réserve d'une règle *de minimis*; seule une appropriation frauduleuse à grande échelle des avoirs de l'État privera l'accusé de l'immunité dont jouit le chef d'État en relation avec la disposition dans l'exercice de ses fonctions officielles des avoirs et ressources de l'État⁶⁰¹ ».

210. Le même auteur considère que la suppression de l'immunité pour l'infraction d'appropriation frauduleuse prévue à l'article 13 de la résolution est une disposition *de lege ferenda* inédite⁶⁰².

211. De même, selon un auteur, certains actes (comme l'escroquerie ou le trafic de drogues), bien que liés à l'exercice du pouvoir, ne peuvent être considérés comme

de droit international, vol. 45 (1999), p. 99 : « Enfin, il n'y a pas de raison pour que l'immunité du chef de l'État qui paralyse la compétence de la juridiction étrangère qui s'exerce sur une base territoriale, par exception, ne puisse paralyser la compétence universelle. »

⁵⁹⁸ Pour le texte de la résolution, voir Institut, *Annuaire*, vol. 71-II (Session de Cracovie), 2006, p. 296 à 301. Cette disposition a été insérée dans le projet de résolution sur proposition de Fox (ibid., p. 214) et a été adoptée par consensus (ibid., p. 282).

⁵⁹⁹ Bianchi, op. cit. (1999) note 221, p. 261.

⁶⁰⁰ Institut, *Annuaire*, op. cit. note 4, p. 753. Cette disposition a été insérée dans le projet de résolution sur proposition de certains membres; voir, en particulier, Fox, ibid., p. 615; Collins, ibid., p. 617; et Feliciano, ibid., p. 619.

⁶⁰¹ Fox, « The Resolution of the Institute of International Law... 2002 », op. cit. (2002) note 282, p. 123.

⁶⁰² Ibid., p. 124.

des actes de fonction aux fins de l'immunité de juridiction⁶⁰³. Dans ce contexte, on a évoqué⁶⁰⁴ les jugements de tribunaux des États-Unis dans des affaires mettant en cause d'anciens chefs d'État accusés de trafic de stupéfiants ou d'infractions financières⁶⁰⁵.

212. On notera également un jugement récent dans lequel le Tribunal fédéral suisse a jugé que l'immunité *ratione materiae* d'un ancien ministre ne faisait pas obstacle à des poursuites pour corruption ou pour infractions de droit commun commises à titre privé⁶⁰⁶.

C. Aspects procéduraux

213. L'essentiel de la doctrine consacrée à l'immunité de la juridiction pénale étrangère des représentants de l'État intéresse les aspects de fond de l'immunité, mais la Commission pourrait être amenée à traiter des multiples questions de procédure suscitées par l'invocation et l'exercice de l'immunité. La présente section est consacrée à ces aspects. On y examinera d'abord l'invocation de l'immunité, y compris son opportunité, la qualité de ceux qui peuvent y procéder et le moment où elle doit intervenir. On envisagera en second lieu la question de la détermination de l'immunité, sachant que le choix des autorités habilitées à déterminer que tel fonctionnaire étranger jouit de l'immunité de juridiction diffère d'un État à l'autre.

⁶⁰³ Dominicé, op. cit. note 240, p. 304 : Entre les actes privés du chef de l'État, couverts par l'immunité de juridiction pénale tant qu'il exerce ses fonctions mais qui ne le sont plus dès que celles-ci ont pris fin, et les actes officiels qu'il accomplit clairement dans l'exercice de ses attributions, il y a sans doute une sorte de zone intermédiaire, où l'on rencontre des actes et comportements qui sont liés à l'exercice du pouvoir, mais qui ne sont pas des actes de la fonction, du moins doit-on le contester. On pourrait donner l'exemple de détournement de fonds publics, ou de prestations dues à l'État, à des fins d'enrichissement personnel. Il s'agit d'actes effectués à l'occasion, ou dans le cadre, de l'exercice des fonctions, mais qui ne devraient pas être tenus pour actes de fonction dans l'optique de l'immunité de juridiction pénale de l'ancien chef de l'État. On peut en dire autant du trafic de stupéfiants, qu'un individu peut pratiquer sous couvert de son autorité ou de sa qualité officielle, sans que l'on puisse y voir des actes de fonction aux fins de l'immunité de juridiction (note de bas de page omise).

⁶⁰⁴ Ibid.

⁶⁰⁵ *United States of America, Plaintiff, v. Manuel Antonio Noriega, et al., Defendants*, op. cit. note 227, p. 1519, note 11 [« Les activités criminelles comme le trafic de stupéfiants dont le défendeur est accusé ne peuvent guère être considérées comme des actes officiels ou l'exercice de fonctions gouvernementales servant les intérêts d'un État souverain, en particulier lorsque, comme ici, les activités en question auraient été menées au seul profit personnel du dirigeant étranger. Toutefois, à la lumière de ce qu'a décidé la Cour par ailleurs, elle examinera cette question avec le moyen de défense fondé sur l'*act of state*, *infra*. » En rejetant le moyen de défense fondé sur l'*act of state*, le tribunal de district a estimé que la question n'était « pas de savoir si Noriega avait utilisé son office pour se livrer aux activités qui lui sont reprochées, mais si ces activités avaient été menées pour le compte de Noriega et non pour celui du Panama » (ibid., p. 1523); à cet égard, Noriega n'a pas démontré « que les activités liées à la drogue qui lui sont reprochées étaient en fait des *acts of state* et non des mesures propres à servir ses intérêts personnels » (ibid.); et *Marcos Perez Jemenez, Appellant v. Manuel Aristeguieta, Intervenor, Appellee, et John E. Maguire, Appellee* (rejetant le moyen de défense fondé sur l'*act of state* invoqué par un ancien haut dirigeant vénézuélien au sujet d'infractions financières).

⁶⁰⁶ *Evgueni Adamov c. Office fédéral de la Justice*, op. cit. note 365. En ce qui concerne la corruption, la décision n'indique pas clairement si le Tribunal fédéral exclut du champ de l'immunité *ratione materiae* la corruption en général ou seulement les actes de corruption commis par un représentant de l'État à titre privé.

On s'intéressera en troisième lieu aux effets juridiques de l'exercice de cette immunité – notamment la distinction entre immunité de juridiction et immunité d'exécution –, la question de l'immunité des représentants de l'État qui ne sont pas accusés d'une infraction pénale et celle des actes auxquels l'immunité fait obstacle. Enfin, on traitera de la renonciation à l'immunité, sous ses formes expresse et implicite, de l'identité des autorités compétentes pour procéder à cette renonciation et des effets juridiques de celle-ci.

214. Comme les aspects procéduraux de la matière sont relativement négligés par la pratique et par la doctrine, la section qui suit sera l'occasion de soulever les questions qui mériteraient l'attention. La présente étude voudrait rendre compte de la pratique suivie en matière de procédures, s'agissant précisément des immunités des représentants de l'État, mais la Commission sera peut-être conduite à compléter cette pratique parfois peu abondante en interrogeant au besoin⁶⁰⁷ celle qui concerne d'autres formes d'immunité (immunité des agents diplomatiques, immunité juridictionnelle des États). Par conséquent, on renverra aussi, selon que de besoin, aux procédures suivies dans ces derniers cas.

1. Invocation de l'immunité

a) L'immunité doit-elle être invoquée et, dans l'affirmative, par qui?

215. La question de procédure qui se pose d'emblée en matière d'immunité des représentants de l'État est celle de savoir si l'immunité doit ou non être invoquée, et, dans l'affirmative, qui doit l'invoquer : (la personne concernée, le gouvernement de cette personne, le gouvernement du for ou le juge d'office). Certains pensent que l'invocation n'est pas nécessaire car l'immunité est présumée jouer en l'absence de renoncement expresse, sans qu'il soit besoin de l'invoquer spécifiquement. Autrement dit, ce n'est pas son invocation qui donne prise à l'immunité, c'est plutôt la non-immunité qui est déclenchée par le jeu de la renonciation. De Cara dit à ce propos que le tribunal devrait soulever d'office toute exception d'immunité, sauf renonciation expresse du gouvernement de la personne dont il s'agit⁶⁰⁸. Ce point de

⁶⁰⁷ On gardera toujours à l'esprit les différences de procédure qui existent entre la sphère civile et la sphère pénale.

⁶⁰⁸ De Cara, op. cit. note 597, p. 76 (« S'agissant d'une exception d'ordre public, le tribunal doit la relever d'office mais l'État accréditant peut renoncer à l'immunité des personnes qui en bénéficient, à condition que la renonciation soit expresse. »). Voir aussi Rousseau, op. cit. note 240, p. 17 (« L'incompétence des tribunaux internes à l'égard des États étrangers doit être soulevée d'office par le juge. »). Shaw semble aussi accepter l'idée que l'immunité joue sans qu'il soit nécessaire de l'invoquer expressément et fait observer que, dans le contexte de l'immunité des États, « il est clair que la charge de la preuve repose sur le demandeur qui doit établir l'exception d'immunité ». Shaw, op. cit. (2003) note 240, p. 666 (citant J. Staughton, in *Raynier v. Department of Trade and Industry* (1987), *Butherworth Company Laws Cases*, vol. 667). À rapprocher de Pierson, op. cit., p. 280 et 281 (« Une lecture révisionniste de *Schooner « Exchange »* y voit la consécration, non pas de l'immunité absolue, mais de l'idée que l'État du for a compétence à l'égard de toute personne ou chose qui se trouve sur son territoire à moins qu'il ne renonce à l'exercer. Les conséquences d'une telle interprétation sont extraordinaires car elle reporte la charge de la preuve sur l'auteur de violations des droits de l'homme, qui doit ainsi démontrer pourquoi l'immunité devrait jouer au lieu d'être présumée en l'absence de règle coutumière ou de loi qui la dénie. Si la non-immunité est la situation par défaut, il devient beaucoup plus difficile de soutenir que le chef d'État jouit de l'immunité à raison de crimes internationaux... Hersch Lauterpacht soutient aussi que la règle générale du droit international coutumier est celle de la non-immunité. Selon Jodan Paust, dans le contexte des violations des

vue rejoint la conclusion dégagée par la présente étude qui fait apparaître une pratique de la renonciation beaucoup plus fournie que celle de l'invocation⁶⁰⁹. Il rejoint également la solution retenue dans la résolution de l'Institut de droit international, qui, au lieu de proposer une procédure d'invocation, pose que l'immunité doit être accordée par la juridiction pénale étrangère « dès que la qualité [de chef d'État] de [l'intéressé] lui est connue »⁶¹⁰. Dans le même ordre d'idées, selon un *dictum* de la Cour d'appel du deuxième circuit des États-Unis en l'affaire *In Re Doe* « en l'absence d'indications émanant du pouvoir exécutif [...], le juge doit décider de lui-même si tel chef a droit ou non à l'immunité »⁶¹¹. On peut déduire de cette analyse que même si l'immunité n'est invoquée ni par l'intéressé ni par son gouvernement, l'exception peut encore en être soulevée par le gouvernement du for ou d'office par le juge. L'idée que l'immunité joue sans qu'il soit besoin de l'invoquer expressément semble également conforme à la pratique s'agissant des autres formes d'immunité – immunité diplomatique, immunité consulaire, immunité dans le contexte de missions spéciales – dont les aspects de fond ont été codifiés abstraction faite des aspects particuliers de l'invocation⁶¹².

216. À l'opposé, d'autres considèrent que l'immunité doit, pour trouver application, être expressément invoquée par l'une des parties⁶¹³. Ainsi, dans l'affaire *Certaines*

droits de l'homme, la règle générale du droit international coutumier est celle de la non-immunité. »).

⁶⁰⁹ On reviendra ci-après sur la question de la renonciation de l'immunité.

⁶¹⁰ Institut, résolution, art. 6.

⁶¹¹ Voir *In Re Doe*, op.cit. note 490. Il s'agit d'un *obiter dictum* parce que le tribunal a jugé qu'il y avait eu de toute manière renonciation aux immunités dont les Marcos pouvaient jouir; *ibid.*, p. 44.

⁶¹² Voir l'article 31 de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, l'article 43 de la Convention de Vienne sur les relations consulaires et l'article 41 de la Convention sur les missions spéciales. Selon Denza, la question de la procédure est, en matière d'immunité diplomatique, « laissée au droit de chaque État partie », Eileen Denza, *Diplomatic Law: A Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations*, 2^e éd. (Oxford: Oxford University Press, 1998), p. 253.

⁶¹³ Institut, *Annuaire*, op. cit. note 4, intervention de Jacques-Yves Morin, p. 584 (soutenant que « l'immunité doit être plaidée »). Pour l'immunité diplomatique, voir également J. M. T. Labuschagne, « Diplomatic Immunity: A Jurisdictional or Substantive-law Defence? », *South African Yearbook of International Law*, vol. 27 (2002), p. 294 : « L'immunité diplomatique peut être plaidée; elle ne découle pas simplement du poste ou des fonctions d'une partie. » (qui analyse *Portion 20 of Plot 15 Athol (Pty) Ltd v. Rodrigues 2001 1 SA 1285 (W)*). À l'occasion des délibérations de l'Institut, la question de savoir si l'immunité doit ou non être plaidée a été regardée par Morin comme liée à son caractère procédural, c'est-à-dire, plus précisément au point de savoir si l'immunité est une question de compétence ou de recevabilité. Morin soutient en particulier que si l'immunité est considérée comme une question de compétence, il n'est pas nécessaire qu'elle soit plaidée par les parties pour que le tribunal l'invoque, mais à son avis, la position la plus courante est que l'immunité doit être plaidée et qu'il s'agit donc d'une question de recevabilité; Institut, *Annuaire*, op. cit. note 4, intervention de Morin, p. 584 (« Si l'immunité touchait à la compétence du tribunal, elle n'aurait pas à être plaidée, celui-ci devant se déclarer incompétent d'office, le cas échéant. Or, il me semble que la pratique démontre que l'immunité doit être plaidée, ce qui conforte la thèse de l'irrecevabilité. »). L'idée que l'immunité est une question de recevabilité a également été soutenue par les auteurs, Rousseau surtout, qui fait observer qu'« il s'agi[t] beaucoup moins d'incompétence que d'irrecevabilité. »; Rousseau, op. cit. note 240, p. 17 (citant Cas. Civ., 22 avril 1958, D. 1958.1.633, note Malaurie, *Journal du droit international* (1958), p. 788, note Sialelli et *Revue critique de droit international privé*, 1958, p. 591; Nancy, 18 mai 1961, *Juris-classeur périodique*, 1961.II.12421, note J. A., et *Journal du droit international*, 1962, p. 436). Si cette distinction entre compétence et

questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale, Pellet, plaidant pour la France pendant la procédure orale, a soutenu que les immunités doivent être invoquées par la partie qui recherche la protection : « En l'espèce [...], il n'y avait évidemment rien qui empêche ou qui empêcherait maintenant les personnes intéressées d'invoquer les immunités sur lesquelles Djibouti s'appuie actuellement en leur nom devant le Tribunal pénal français. Mais pour ce faire, il faut permettre à celui-ci d'entendre leurs arguments en ce sens. Aucune des deux parties ne s'est prévaluée de ses immunités même par lettre⁶¹⁴ ». Pellet semble circonscrire cet argument aux immunités *ratione materiae* et soutenir que si les personnes jouissant de l'immunité *ratione personae* bénéficient d'une présomption d'immunité, celles qui ne jouissent que de l'immunité *ratione materiae* n'en bénéficient pas et que leur immunité doit s'apprécier au cas par cas (après avoir été plaidée sans doute) :

« Dans le cas d'un chef de l'État en fonctions (ou d'un ministre des affaires étrangères), la "présomption d'immunité" est absolue et, sans doute, irréfragable. Il est couvert par les immunités, un point c'est tout; par contre, pour les autres fonctionnaires de l'État, cette présomption ne joue pas et l'octroi (ou le refus) des immunités doit être décidé au cas par cas, en fonction de tous les éléments de l'affaire. Ceci suppose que c'est aux juges nationaux qu'il appartient d'apprécier si l'on se trouve face à des actes accomplis – ou non – dans le cadre des fonctions officielles. »⁶¹⁵

217. Condorelli, plaidant pour Djibouti, a rejeté la réalité de cette présomption soutenant qu'« il n'y a vraiment pas de place pour la moindre présomption qui permettrait a priori et dans l'abstrait de faire pencher la balance d'un côté ou d'un autre »⁶¹⁶. Alors même qu'il soutient cet argument, il semble pourtant souscrire à l'idée que l'immunité doit être invoquée pour être examinée : « Ici aussi, il n'y a donc pas de place pour une quelconque présomption qui fasse pencher a priori et *in abstracto* la balance d'un côté ou de l'autre. La question n'est pas de présumer quoi que ce soit, mais de vérifier concrètement ce qu'il en est, bien entendu lorsque le problème de l'immunité est soulevé. »⁶¹⁷ Pourtant, Condorelli ne précise pas qui (des parties ou du juge agissant d'office) peut ou doit invoquer l'immunité; il fait observer qu'« il serait absurde de prétendre que le fait que les deux hauts responsables djiboutiens n'ont pas invoqué jusqu'ici l'immunité dans le cadre de l'information pour subornation de témoin ouverte illicitement en France à leur objet ferait obstacle à ce que la République de Djibouti demande à [la] Cour de dire et juger que la France viole à son préjudice les principes de droit international en matière d'immunités. »⁶¹⁸

218. Dans son arrêt du 4 juin 2008, la Cour internationale de Justice a examiné la question de l'immunité à propos des convocations en qualité de témoins assistés du procureur de la République et du chef de la sécurité nationale de Djibouti. Elle a fait

recevabilité est courante en droit international (voir par exemple Hugh Thirlway, « The Law and procedure of the International Court of Justice, 1960-1989 » (onzième partie), *British Year Book of International Law*, vol. 71 (2000), p. 73 à 83) et en droit civil (Georges Abi-Saab, *Les exceptions préliminaires dans la procédure de la Cour internationale* (Paris, Pédone, 1967), p. 9), il semble qu'elle n'ait pas d'équivalent exact en *common law*.

⁶¹⁴ *Djibouti c. France*, CR 2008/5, 25 janvier 2008, par. 79 (Pellet).

⁶¹⁵ Ibid., par. 77.

⁶¹⁶ *Djibouti c. France*, CR 2008/6, 28 janvier 2008, par. 7 (Condorelli).

⁶¹⁷ Ibid. (non souligné dans l'original).

⁶¹⁸ Ibid., par. 8.

observer que les « diverses demandes en matière d'immunité n'[avaie]nt été portées à la connaissance de la France, aux fins d'étayer les protestations émises contre l'émission des convocations en question, ni dans le cadre d'échanges diplomatiques ni devant un organe judiciaire français »⁶¹⁹. Le fait que l'immunité des deux intéressés n'ait pas été invoquée devant les autorités françaises est l'un des motifs pour lesquels la Cour a rejeté les conclusions de Djibouti sur ce point⁶²⁰.

219. Si l'immunité doit en effet être invoquée, une nouvelle question se pose, celle de savoir qui est habilité à le faire. Comme il est dit précédemment, dans l'affaire *Djibouti c. France*, la Cour internationale de Justice a relevé que c'est l'État djiboutien lui-même, et non les fonctionnaires en question, qui n'avait pas invoqué l'immunité. On comprend aisément cette solution, la Cour ayant paru assimiler l'immunité fonctionnelle des représentants de l'État à celle de l'État lui-même⁶²¹. Dans l'action intentée en Suisse contre Ferdinand et Imelda Marcos, le tribunal a mis en doute la capacité de Marcos d'invoquer l'immunité en son nom et au nom de sa femme, pour conclure qu'un individu qui n'est plus à la tête de l'État ne devrait pas pouvoir invoquer l'immunité en ce qui concerne ses propres intérêts⁶²². Dans la sphère du droit diplomatique, Denza rapporte que dans la pratique des États-Unis, l'immunité du diplomate étranger peut être invoquée soit par la personne concernée, soit par son gouvernement, mais qu'elle doit ensuite être confirmée par le Gouvernement américain⁶²³.

b) Moment où l'immunité est invoquée; examen du cas

220. Pour ce qui est du moment où l'immunité doit être invoquée, on considère en général que la question doit être soulevée et examinée en début de procédure, par

⁶¹⁹ *Djibouti c. France*, par. 195. La Cour a rappelé que « les autorités françaises [avaie]nt au contraire été informées que si le Procureur de la République de Djibouti et le chef de la sécurité nationale de Djibouti n'allaient pas déférer aux convocations qui leur étaient adressées, c'était en raison du refus de la France d'accéder à la demande de transmission du dossier Borrel aux autorités judiciaires djiboutiennes ». Voir aussi le paragraphe 196 :

« À aucun moment les juridictions françaises (devant lesquelles on aurait pu s'attendre à ce que l'immunité de juridiction fût soulevée), ni d'ailleurs la Cour, n'ont été informées par le Gouvernement de Djibouti que les actes dénoncés par la France étaient des actes de l'État djiboutien, et que le procureur de la République et le chef de la sécurité nationale constituaient des organes, établissements ou organismes de celui-ci chargés d'en assurer l'exécution. L'État qui entend invoquer l'immunité pour l'un de ses organes est censé en informer les autorités de l'autre État concerné. Cela devrait permettre à la juridiction de l'État du for de s'assurer qu'elle ne méconnaît aucun droit à l'immunité, méconnaissance qui pourrait engager la responsabilité de cet État. Par ailleurs, l'État qui demande à une juridiction étrangère de ne pas poursuivre, pour des raisons d'immunité, une procédure judiciaire engagée à l'encontre de ses organes assume la responsabilité pour tout acte internationalement illicite commis par de tels organes dans ce contexte ».

⁶²⁰ Ibid., par. 197. Un autre motif pour lequel la Cour a rejeté ces conclusions concerne la portée de l'immunité fonctionnelle. Voir le paragraphe 191 de l'arrêt : « La Cour note qu'il n'a pas été "concrètement vérifié" devant elle que les actes à l'origine des convocations à témoigner adressées aux intéressés en qualité de témoins assistés par la France étaient effectivement des actes accomplis dans le cadre de leurs fonctions en tant qu'organes de l'État ».

⁶²¹ Ibid., par. 187 et 188.

⁶²² *Ferdinand et Imelda Marcos c. Office fédéral de la police*, op. cit. note 206, p. 534 (« S'agissant à l'époque de l'immunité d'exécution dont un ancien chef d'État et son épouse entendaient se prévaloir à l'encontre du pays qu'ils avaient dirigé, il a considéré que ce privilège était reconnu dans l'intérêt même de son pays. »).

⁶²³ Denza, op. cit. note 612, p. 254 et 255.

exemple au moment de la demande d'extradition. Dans son avis consultatif sur le *Différend relatif à l'immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme*, la Cour internationale de Justice a déclaré expressément que « les questions d'immunité sont [...] des questions préliminaires qui doivent être tranchées dans les meilleurs délais *in limine litis*. C'est là un principe de droit procédural généralement reconnu. »⁶²⁴. Par 14 voix contre une, elle a conclu « que les tribunaux malaisiens avaient l'obligation de traiter la question de l'immunité de juridiction comme une question préliminaire à trancher dans les meilleurs délais *in limine litis* »⁶²⁵. Abondant dans le même sens, Verhoeven considère que l'immunité doit être plaidée *in limine litis* parce qu'elle soulève des questions tenant à la recevabilité de l'instance elle-même⁶²⁶.

221. La Chambre d'appel du Tribunal spécial pour la Sierra Leone a conclu dans le même sens dans sa décision touchant l'immunité de juridiction de Charles Taylor. Répondant à une exception préliminaire – la demande du requérant concernant son immunité était prématurée « parce qu'elle ne soulevait pas “une question de compétence” ... [mais] une “question d'immunité que devrait trancher la Chambre de première instance quand M. Taylor comparaitrait devant elle en personne” »⁶²⁷ –, la Chambre d'appel a conclu que :

« Techniquement, l'accusé qui n'a pas encore comparu devant le Tribunal ne peut soulever d'exception préjudicielle et, normalement, une telle exception peut être tenue pour prématurée et rejetée comme telle. Cependant, l'on est en présence d'une espèce atypique. Insister pour qu'un chef d'État en fonction se soumette à l'incarcération avant même de pouvoir soulever la question de son immunité non seulement va sérieusement à l'encontre de la finalité même de l'immunité souveraine, mais présuppose aussi, abstraction faite du fond, des questions d'exception à la notion qui doivent normalement être tranchées après qu'il soit statué sur l'invocation de l'immunité. »⁶²⁸

⁶²⁴ *Différend relatif à l'immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme*, par. 63.

⁶²⁵ Ibid., al. 67 2) b). Elle a fait observer en outre que le défaut par les tribunaux malaisiens de statuer *in limine litis* « privait de sa raison d'être la règle relative à l'immunité énoncée à l'alinéa b) de la section 22 [de la Convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies] »; par. 63.

⁶²⁶ Verhoeven, « Rapport provisoire », op. cit. note 207, p. 514 (« L'immunité a pour effet de rendre irrecevable l'action qui a été introduite contre celui qui s'en prévaut, ce qui explique d'ailleurs qu'elle doive être écartée si ce dernier n'en sollicite pas le bénéfice *in limine litis*. Sous des formulations diverses, d'aucuns soutiennent néanmoins que l'immunité met en cause la compétence de la juridiction saisie bien plus que la recevabilité de la demande portée devant elle. Autrement dit, l'interdiction de connaître d'une action introduite contre un (chef d') État étranger exprimerait quelque incompétence fondamentale des tribunaux à l'endroit des actes d'une souveraineté étrangère. La théorie a de lointains antécédents. Elle a plus particulièrement été systématisée par Niboyet au lendemain de la Seconde Guerre mondiale, avant d'être reprise, plus ou moins clairement, par certains auteurs d'inspiration principalement française. ») [qui cite Niboyet, « Immunité de juridiction et incompétence d'attribution », *Revue critique de droit international privé* (1950), p. 139 et suiv.; Michel Cosnard, *La soumission des États aux tribunaux internes* (1996)].

⁶²⁷ Chambre d'appel, *The Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor*, Décision sur l'immunité de juridiction, op. cit. note 167, par. 21.

⁶²⁸ Ibid., par. 30 (faisant remarquer que « bien que le requérant ne soit plus un chef d'État en exercice, une déclaration générale de principes doit couvrir les cas où le requérant reste chef d'État. La demande visée par la présente décision a été formée quand le requérant était chef d'État. »).

222. La Chambre d'appel a ainsi rejeté l'exception préliminaire, usant de son pouvoir d'appréciation propre et souverain pour autoriser le requérant à soulever l'exception nonobstant le fait qu'il n'avait pas encore fait sa comparution initiale⁶²⁹.

223. Des tribunaux internes ont conclu dans le même sens. Le juge de district du Royaume-Uni saisi de l'affaire *Peter Tatchell v. Robert Mugabe*, a examiné la question de l'immunité à l'occasion de la demande d'extradition⁶³⁰. Dans l'affaire *Honecker*, la question a été dès la toute première phase consacrée à la détermination de la juridiction compétente, le juge saisi ayant rejeté la demande de détermination, motif pris de l'immunité au lieu de renvoyer la question de l'immunité à un tribunal⁶³¹. Dans l'affaire *Pinochet* n° 3, la question a été soulevée au moment de l'examen du mandat d'arrêt décerné contre l'intéressé à la suite d'une demande d'extradition de l'Espagne et avant l'examen de la demande d'extradition proprement dite. Dans le jugement qu'il a rendu au Royaume-Uni en l'affaire dite *Application for Arrest Warrant Against General Shaul Mofaz*, le tribunal de district a déclaré ce qui suit :

« Le requérant soutien que dès lors qu'il conteste que le général jouit d'une immunité quelconque, il doit le faire à la première audience qui suit la délivrance du mandat d'arrêt. Je ne suis pas de cet avis; j'estime en effet que l'immunité de l'État est l'une des questions que je dois examiner [dès le stade de la délivrance du mandat d'arrêt]. »⁶³²

224. S'il est couramment admis que la question de l'immunité est à régler en début de procédure, on a pu dire que, s'agissant de l'immunité de l'État, elle pourrait être soulevée par l'État défendeur à tout stade de l'instance, même après les conclusions sur le fond⁶³³.

225. La question du moment auquel l'immunité doit être invoquée peut se révéler très importante dans la pratique parce que, comme on l'a vu plus haut, des règles de fond différentes peuvent trouver à s'appliquer selon que l'intéressé est un représentant de l'État en fonctions ou un ancien représentant de l'État. Ainsi, dans l'affaire *Estate of Silme G. Domingo v. Republic of the Philippines*, les demandeurs ont introduit leur action en 1981 alors que les Marcos étaient encore au pouvoir; la « déclaration d'immunité » déposée par le Département d'État a donc été retenue et les prétentions des demandeurs rejetées en conséquence. En 1987 cependant, les Marcos ayant quitté le pouvoir, les demandeurs ont réintroduit l'action dont ils avaient été déboutés; le tribunal l'a accueilli en déclarant que « si le Département a déposé une "déclaration d'immunité" alors que Marcos était Président, il n'en a pas déposé une depuis que Marcos a quitté ses fonctions » et que « cette "déclaration" avait sa raison d'être en 1982, mais que l'évolution des circonstances l'en a

⁶²⁹ Ibid.

⁶³⁰ *Tatchell v. Mugabe*, op. cit. note 237.

⁶³¹ Cour Suprême fédérale (deuxième Chambre criminelle), *In re Honecker*, op. cit. note 235, p. 365 et 366.

⁶³² Tribunal de district de Bow Street, *Application for Arrest Warrant Against General Shaul Mofaz*.

⁶³³ Rousseau, op. cit. note 240, p. 18 (« L'exception d'incompétence peut être opposée par l'État défendeur à tout moment du litige, même après le dépôt de conclusions au fond »).

privée »⁶³⁴. La Chambre d'appel du Tribunal spécial pour la Sierra Leone s'est trouvée dans la même situation lorsqu'elle s'est prononcée sur l'immunité de juridiction de Charles Taylor⁶³⁵. L'inculpation de celui-ci par le Tribunal spécial et sa requête en annulation de l'acte d'accusation sont toutes deux intervenues alors qu'il était chef d'État en fonctions, mais la Chambre d'appel a sursis à examiner sa requête tant qu'il était au pouvoir⁶³⁶. La Chambre d'appel a donc considéré que si elle faisait droit à la requête en annulation, « la question se poserait peut-être de l'étendue de l'immunité de M. Taylor en sa qualité d'ancien chef d'État »⁶³⁷. Même si elle a en définitive rejeté la requête en question au motif que le Tribunal était une juridiction internationale devant laquelle on ne pouvait se prévaloir des immunités opposables aux juridictions nationales⁶³⁸, la Chambre a déclaré au dernier paragraphe de son arrêt que « le requérant avait cessé d'être chef d'État au moment où sa requête a été examinée. L'immunité *ratione personae* dont il entendait se prévaloir n'existait plus à son profit. Si sa demande avait d'ailleurs prospéré, le résultat aurait été la délivrance d'un nouveau mandat d'arrêt par le Procureur⁶³⁹. »

2. Détermination de l'immunité

226. Chaque État règle à sa façon la question du choix des autorités habilitées à déterminer l'immunité des représentants d'États étrangers. Dans les pays de tradition romaniste, cette fonction est en général exercée par le seul pouvoir judiciaire, sans intervention du ministre des affaires étrangères ni d'une manière plus générale, du pouvoir exécutif⁶⁴⁰. À l'opposé, les tribunaux des pays de *common law* accordent une plus large place aux décisions de l'exécutif dans ce domaine⁶⁴¹. Cela dit, la distinction n'est pas toujours claire. Pour ce qui est par exemple du Royaume-Uni, O'Neil relève que « la loi britannique dite *State Immunities Act* » assimile l'immunité du chef de l'État à l'immunité diplomatique. Les tribunaux britanniques ont donc des directives légales précises en matière d'immunité des chefs d'État. Le Gouvernement peut sans doute chercher à influencer le juge, mais est sans qualité en dernier ressort pour trancher en cette

⁶³⁴ Tribunal du district ouest de Washington, *Estate of Domingo v. Republic of the Philippines*, 694 F. Supp. 782, jugement du 29 août 1988, p. 782 (citant le tribunal du district ouest de Washington dans *Domingo v. Republic of Philippines*, 808 F.2d 1349, jugement du 26 janvier 1987, p. 1351 (« ni le Département d'État, ni le Gouvernement philippin ne sont intervenus en faveur des Marcos dans le différend actuel lié à sa destitution »).

⁶³⁵ *The Prosecutor v. Charles Gankay Taylor*, Décision sur l'immunité de juridiction.

⁶³⁶ Ibid., par. 20. Le Gouvernement libérien était coauteur avec Taylor de la requête en annulation. Le Procureur ayant objecté que le Gouvernement libérien n'était pas partie à l'instance, la Chambre d'appel a débouté ce dernier, concluant que « par conséquent, le Gouvernement libérien est irrecevable à soutenir que M. Taylor n'est pas justiciable du Tribunal spécial »; *ibid.*, par. 56. En dépit de la conclusion de la Chambre d'appel sur ce point, le Libéria a invoqué l'immunité de Taylor devant d'autres juridictions. Avant que celui-ci démissionne, le Libéria a saisi la Cour internationale de Justice d'une instance parallèle contre le mandat d'arrêt en plaidant l'immunité. Voir Cour internationale de Justice, « Le Libéria saisit la Cour internationale de Justice d'un différend l'opposant à la Sierra Leone au sujet du mandat d'arrêt délivré par le tribunal spécial pour la Sierra Leone contre le président libérien », Communiqué de presse n° 2003/26, 5 août 2003. Aucune décision n'a été prise dans cette affaire, la Sierra Leone n'ayant pas reconnu la compétence de la Cour. Ibid.

⁶³⁷ Ibid.

⁶³⁸ Ibid., par. 53.

⁶³⁹ Ibid., par. 59.

⁶⁴⁰ Verhoeven, « Rapport provisoire », *op. cit.* note 207, p. 496.

matière⁶⁴². D'autres pays du Commonwealth, comme le Canada, l'Australie, l'Afrique du Sud, le Pakistan et Singapour, ont adopté la même solution, inspirée de la loi *State Immunities Act*⁶⁴³.

227. Dans un même État aussi, l'équilibre des pouvoirs entre le judiciaire et l'exécutif s'agissant des décisions en matière d'immunité peut se révéler problématique, comme le cas des États-Unis le montre bien. Les tribunaux américains reconnaissent traditionnellement un poids relativement important au pouvoir exécutif en matière d'immunité (immunité de l'État et immunité du chef de l'État) de par le jeu des déclarations d'immunité décisives déposées par le Département d'État⁶⁴⁴, mais la *Sovereignty Immunities Act* ou FSIA, donne aux tribunaux la faculté de statuer en matière d'immunité souveraine, solution tendant à « dépolitiser la question de l'immunité souveraine en agissant au seul pouvoir judiciaire la responsabilité de la régler »⁶⁴⁵. Les tribunaux américains divergent quant à savoir si cette loi a également donné à la justice le pouvoir de se prononcer en toute indépendance sur l'immunité du chef de l'État : selon certains tribunaux la loi a dessaisi le Département d'État au profit du pouvoir judiciaire⁶⁴⁶ du contentieux tout entier de l'immunité étrangère – y compris les contestations soulevées au nom d'un chef d'État; d'autres tribunaux sont d'avis que la loi ne s'applique pas aux demandes d'immunité formées par les chefs d'État et que le droit commun qui, avant l'adoption de la loi, consistait à s'incliner devant les déclarations d'immunité du Département d'État reste valable⁶⁴⁷. Selon ces derniers

⁶⁴¹ Ibid.

⁶⁴² O'Neill, op. cit. note 427, p. 312.

⁶⁴³ Verhoeven, « Rapport provisoire », op. cit., p. 495.

⁶⁴⁴ O'Neill, ibid., p. 312 et 313.

⁶⁴⁵ George Kahale, III et Matias A. Vega, « Immunity and Jurisdiction: Toward a Uniform Body of Law in Actions against Foreign States », *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 18 (1979), p. 219 et 220 (citant le rapport de la Chambre des représentants n° 1487, 94^e Congrès, deuxième session, 7, reproduit in [1976] United States Code, *Congressional and Administrative News*, 6604 et 6605).

⁶⁴⁶ Voir par exemple Cour d'appel du neuvième circuit, *Chuidian v. Philippine National Bank*, op. cit., p. 1101; Cour d'appel du cinquième circuit, *Byrd v. Corporacion Forestal y Industrial de Olancho S. A.*, 182 F.3d 380, arrêt du 10 août 1999 (qui considère que deux fonctionnaires d'une entreprise d'État faisant affaire avec des parties des États-Unis pouvaient être considérés comme des entités publiques, et que la loi sur les immunités des souverains étrangers (FSIA) leur reconnaissait l'immunité pour leurs actes officiels); Cour du district de Californie Nord, *Doe v. Qi*, op. cit. note 249, p. 1287 (« selon la FSIA, telle qu'interprétée en l'affaire *Chuidian*, et conformément à la politique du Congrès, un représentant ne jouit de l'immunité souveraine en tant qu'agent ou démembrement de l'État que pour autant qu'il agit en vertu d'une délégation de pouvoir constitutionnelle valable »).

⁶⁴⁷ Cour d'appel du cinquième circuit, *Wei Ye, Hao Wang, Does, A, B, C, D, E, F, and others similarly situated v. Zemin*, 383 F.3d., 620, arrêt du 8 septembre 2004, p. 625 (« La FSIA [...] ne concerne pas l'immunité des chefs d'État étrangers. Elle vise les États étrangers et non leurs dirigeants. Elle définit l'État étranger de telle sorte que le terme recouvre les subdivisions politiques et les démembrements mais elle ne mentionne pas le chef d'État. Comme elle ne s'applique pas aux chefs d'État, la décision concernant l'immunité de ceux-ci, revient toujours, comme avant 1976, au pouvoir exécutif. »); tribunal du district central de Californie, *Gerritsen v. de la Madrid*, n° CV-85-5020-PAR, (*Slip Opinion* du 5 février 1986, p. 7 à 9) (acceptant la « déclaration d'immunité » du Département d'État en faveur du Président du Mexique et faisant observer que la FSIA « ne vise pas à titre individuel les représentants de gouvernements étrangers »); Cour d'appel du onzième circuit, *United States v. Noriega*, 117 F.3d 1206, arrêt du 7 juillet 1997, p. 1212; tribunal de district du district de Columbia, *Saltany v. Reagan*, 702 F. Supp. 319, jugement du 23 décembre 1988, p. 320 (plainte déposée contre Margaret

tribunaux « le pouvoir judiciaire n'est pas le mieux placé pour définir l'étendue de l'immunité du chef d'État [...] Le pouvoir exécutif a par nature plus d'expérience et de compétence dans ce domaine. De surcroît, la souplesse qui permet de réagir rapidement aux problèmes délicats nés des conflits entre droits privés individuels et intérêts de la courtoisie internationale appartient davantage à l'exécutif, qui résout ces problèmes mieux que la justice. »⁶⁴⁸. Un tribunal est même allé jusqu'à étendre le respect des volontés du pouvoir exécutif aux affaires mettant en jeu des règles de *jus cogens*⁶⁴⁹. Certains auteurs ont critiqué l'autorité qu'exerce le pouvoir exécutif en matière d'immunité des représentants d'États étrangers⁶⁵⁰.

228. Si les tribunaux des États-Unis d'Amérique honorent dans leur très grande majorité les « déclarations d'immunité » émanant du pouvoir exécutif⁶⁵¹, ils peuvent, en l'absence de telle déclaration, conclure quand même que tel

Thatcher, Premier Ministre du Royaume-Uni, rejetée sur la base d'une « déclaration d'immunité » du Gouvernement en faveur d'un chef de gouvernement en fonctions), tel que *confirmé* en partie et *annulé* en partie par le Cour d'appel du district de Columbia, 886 F.2d 438; tribunal du district est de New York, *Lafontant v. Aristide*, op. cit., p. 137; tribunal du district de Columbia, *First American Corp. v. Al-Nahyan*, 948 F. Supp. 1107, jugement du 26 novembre 1996, p. 1119 (« L'adoption de la *FSIA* n'était pas censée remettre en cause le pouvoir qu'a le Département d'État [...] de confirmer l'immunité des chefs d'État ou du personnel diplomatique ou consulaire [...] Les États-Unis ont déposé une "déclaration d'immunité" en faveur de S. A. le cheik Zayed et les tribunaux des États-Unis sont tenus de regarder comme décisives ces constatations concernant les chefs d'État »); tribunal du district sud de New York, *Tachlona v. Mugabe*, op. cit., p. 288 (« *Tachlona I* ») (« En adoptant la *FSIA*, le Congrès n'a pas entendu remettre en cause la pratique traditionnelle du Département d'État qui, en déposant ses "déclarations d'immunité" conférant aux chefs d'État reconnus une protection absolue contre la juridiction des tribunaux de ce pays »), tel que *confirmé* en partie et *annulé* en partie par la Cour d'appel du deuxième circuit, op. cit. (qui ne remet pas en cause la conclusion touchant l'immunité du chef de l'État). Un auteur, reconnaissant l'opposition entre les tenants des « déclarations d'immunité » du pouvoir exécutif et ceux qui considèrent que la *FSIA* envisage l'immunité des représentants de l'État, propose un encadrement légal de compromis « donnant au Président le pouvoir discrétionnaire de décider de [l'immunité des chefs d'État] dans toute une série de circonstances définies par la loi », Bass, op. cit., p. 312.

⁶⁴⁸ Cour d'appel du deuxième circuit, *In re Doe*, op. cit. note 490, p. 45.

⁶⁴⁹ Cour d'appel du septième circuit *Wei Ye, Hao Wang, Does, A, B, C, D, E, F, and others similarly situated v. Zemin*, op. cit. note 453, p. 627 (« La conclusion du pouvoir exécutif selon laquelle un dirigeant étranger jouit de l'immunité de juridiction [s'applique] même lorsque le dirigeant considéré est accusé d'actes qui violent des normes de *jus cogens*. »).

⁶⁵⁰ Mallory, en particulier, soutient d'abord que les conclusions du Département d'État en matière d'immunité risquent d'être arbitraires puisqu'elles se décident en l'absence de normes claires. Mallory, op. cit. note 240, p. 183 et 184; en deuxième lieu, le Département d'État ne dispose pas des mécanismes juridictionnels nécessaires pour arriver à des conclusions justes et cohérentes en matière d'immunité puisqu'il n'a pas les moyens de procéder à des audiences et n'a aucune autorité pour obliger à témoigner, citer des témoins ou offrir des recours; *ibid.*, p. 184 à 186; en troisième lieu, Mallory soutient que le Département d'État s'expose à des pressions politiques étrangères illicites lorsqu'il prend des décisions en matière d'immunité parce qu'« il est placé devant ce dilemme » : soit offenser un État étranger en refusant de confirmer l'immunité, soit reconnaître une certaine immunité qui lui paraît injustifiée au fond afin de préserver de bonnes relations diplomatiques; *ibid.*, p. 183 à 187.

⁶⁵¹ Il arrive au contraire que le Gouvernement américain dépose dans certains cas une « déclaration d'intérêt » (*Statement of Interest*) assimilable à un exposé écrit en qualité d'*amicus curiae*, et non une « déclaration d'immunité » contraignante. Voir États-Unis, *Tachiana I*, p. 283, note 91. Quand c'est une « déclaration d'intérêt » et non une « déclaration d'immunité » qui est en cause, les tribunaux américains refusent parfois d'y souscrire. Voir par exemple, États-Unis, *Chuidian v. Philippine National Bank*, p. 1101, États-Unis, *Tachiana I*, p. 284, note 106.

représentant d'un État étranger jouit de l'immunité. Tunks fait observer à ce propos qu'« on s'aperçoit que les tribunaux américains reconnaissent l'immunité des chefs d'État étrangers à raison de leurs actes privés et non leurs actes officiels, même quand le pouvoir exécutif ne présente pas de « déclarations d'immunité », si trois conditions sont remplies : a) la personne prétendant à l'immunité est un chef d'État en fonctions; b) les États-Unis reconnaissent dans cette personne un chef d'État légitime; c) l'État étranger n'a pas renoncé à l'immunité »⁶⁵². En d'autres termes, il y a une certaine asymétrie dans la pratique des États-Unis du point de vue du respect des décisions du pouvoir exécutif en matière d'immunité : si les tribunaux américains ne refusent presque jamais l'immunité lorsqu'ils sont saisis d'une « déclaration » du pouvoir exécutif⁶⁵³, « lorsque aucune indication n'est donnée par [celui-ci] ils doivent décider par eux-mêmes si tel chef d'État a droit ou non à l'immunité »⁶⁵⁴.

229. La question de savoir qui est compétent pour confirmer une immunité s'est également posée dans le cas d'un agent de l'Organisation des Nations Unies. Dans son avis consultatif sur le *Différend relatif à l'immunité de juridiction d'un rapporteur de la Commission des droits de l'homme*, la Cour internationale de Justice a conclu que :

« [...] le Secrétaire général, en sa qualité de plus haut fonctionnaire de l'Organisation, a la responsabilité principale de la protection des intérêts de celle-ci; à ce titre il lui incombe d'apprécier si ses agents ont agi dans le cadre de leurs fonctions et, lorsqu'il conclut par l'affirmative, de protéger ses agents, y compris les experts en missions, en faisant valoir leur immunité. Cela signifie que le Secrétaire général a le pouvoir et la responsabilité d'aviser le gouvernement d'un État Membre de sa conclusion, et, s'il y a lieu, de prier ledit gouvernement d'agir en conséquence, et en particulier, de porter cette conclusion à la connaissance des tribunaux internes si les actes d'un agent ont donné ou pourraient donner lieu à des actions en justice. [...] Lorsque les tribunaux nationaux sont saisis d'une affaire mettant en cause l'immunité d'un agent de l'Organisation des Nations Unies, il échet de leur notifier immédiatement toute conclusion du Secrétaire général concernant cette immunité. Cette conclusion et le document par lequel elle s'exprime créent une présomption. Une telle présomption ne peut être écartée que pour les motifs les plus impérieux et les tribunaux nationaux doivent donc lui accorder le plus grand poids. »⁶⁵⁵

La Cour a conclu que, puisque le Gouvernement malaisien n'avait pas communiqué au Secrétaire général les conclusions de ses tribunaux, la Malaisie ne s'était pas

⁶⁵² Tunks, op. cit. note 226, p. 669.

⁶⁵³ Cour suprême, *Republic of Mexico v. Hoffman*, 324 U.S. 30, arrêt du 5 février 1945, p. 35 (« Les tribunaux ne devraient agir d'une façon qui gênerait le pouvoir exécutif dans la conduite des affaires étrangères [...] Il n'appartient donc pas aux tribunaux de refuser une immunité que notre Gouvernement a jugé utile d'accorder »); *Tachiana I*, p. 271 et 282, note 91 (d'où l'on conclut qu'aucun tribunal américain n'a jamais rejeté une « déclaration d'immunité »). tribunal du district nord de Californie, *Republic of Philippines v. Marcos*, op. cit., p. 797 et 798 (qui rejette une « déclaration d'immunité ») déposée par le Département d'État en faveur du Solicitor General des Philippines).

⁶⁵⁴ *In re Doe*, op. cit. note 490, p. 45.

⁶⁵⁵ *Différend relatif à l'immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme*, par. 60 et 61.

acquittée de l'obligation que lui imposerait l'Article 105 de la Charte et la Convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies⁶⁵⁶. Dans le contexte particulier de l'immunité d'un agent de l'Organisation des Nations Unies, la Cour a donc jugé que les tribunaux nationaux devaient accorder le plus grand poids à la conclusion du Secrétaire général concernant l'immunité éventuelle d'un agent.

3. Effets juridiques de l'immunité de juridiction pénale étrangère

a) Distinction entre immunité de juridiction et immunité d'exécution

230. L'immunité de juridiction des représentants de l'État devant les tribunaux d'un État étranger est distincte de l'immunité de mesures d'exécution ou de contrainte, qu'il s'agisse de mesures antérieures au jugement telles que la saisie conservatoire et l'arrestation ou de mesures postérieures au jugement comme la saisie des biens de l'intéressé. S'il est vrai que la Commission est principalement saisie du sujet de l'immunité de juridiction proprement dite, selon l'exposé préliminaire du sujet, elle pourrait être amenée à étudier aussi la question connexe de l'immunité de procédure et de l'immunité des mesures d'exécution⁶⁵⁷. On a clairement repéré cette distinction à propos d'autres formes d'immunité. Ainsi, s'agissant de l'immunité juridictionnelle des États, le commentaire du projet d'articles de la Commission sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens fait valoir que, « théoriquement, l'immunité à l'égard des mesures de contrainte est distincte de l'immunité juridictionnelle en ce sens que celle-ci vise exclusivement le prononcé du jugement »⁶⁵⁸, relevant que la pratique des États révèle l'existence de plusieurs théories à l'appui de l'immunité d'exécution, considérée comme distincte de l'immunité de juridiction et sans rapport avec elle⁶⁵⁹.

231. Évoquant l'immunité d'exécution de l'État, Jennings et Watts la distinguent de l'immunité de juridiction, faisant observer que « même lorsque l'État étranger est normalement soumis à la juridiction des tribunaux locaux, tout jugement rendu contre cet État ne peut être exécuté sur ses biens »⁶⁶⁰. De son côté, et toujours à propos de l'immunité de l'État, Brownlie fait observer que :

« La question de l'immunité de juridiction (immunité de procédure) est distincte de celle de l'immunité des mesures de contrainte consécutives à l'exercice de la juridiction. Par ces mesures, on entend toutes les mesures de

⁶⁵⁶ Ibid., par. 62.

⁶⁵⁷ Roman A. Kolodkin, « Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État », in *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante et unième session (A/61/10)*, annexe A, p. 465.

⁶⁵⁸ Projet d'articles sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens et commentaires y relatifs, 1991, *Annuaire ... 1991*, vol. II (Deuxième partie), p. 58.

⁶⁵⁹ Ibid. (avec renvoi à la jurisprudence citée dans le septième rapport de l'ancien Rapporteur spécial Sompong Sucharitkul, *Annuaire ... 1985*, vol. II (Première partie), p. 36 et 37, document A/CN.4/388 et Corr.1 et 2, par. 73 à 77; deuxième rapport de Motoo Ogiso, *Annuaire ... 1989*, vol. II (Deuxième partie), p. 79 et 80, document A/CN.4/422 et Corr.1 et Add.1 et Corr.1, par. 42 à 44).

⁶⁶⁰ Jennings et Watts, op.cit. note 26, p. 350 et 351 (les auteurs font remarquer que « dans le cadre de son régime facultatif, la Convention européenne de 1972 sur l'immunité des États autorise l'exécution sur les biens d'un État d'un jugement définitif rendu contre cet État dans les cas où la Convention ne prévoit pas l'immunité de juridiction, à la double condition que la procédure ait visé une activité industrielle ou commerciale exercée par l'État de la même manière qu'une personne privée, et que les biens en question aient été utilisés exclusivement pour une telle activité »).

contrainte visant les biens de l'État étranger (y compris les fonds détenus sur des comptes bancaires) susceptibles d'être prises soit aux fins d'exécution forcée d'un jugement soit de saisie conservatoire. Cette distinction entre immunité de juridiction et immunité d'exécution montre bien à quel point l'éventualité de mesures d'exécution forcée sur leurs biens est une question sensible pour les États, de telles mesures d'exécution pouvant être source de sérieux différends d'ordre diplomatique. Par contre, de puissantes raisons de principe militent en faveur de l'idée que, si un système juridique interne est compétent pour exercer sa juridiction et rendre un jugement, ce jugement doit pouvoir faire l'objet d'exécution. »⁶⁶¹

232. Par ailleurs, à propos de la pratique des États-Unis, Kahale et Vega font observer qu'« avant l'adoption de la loi relative aux immunités des États étrangers (*Foreign Sovereign Immunities Act*), la nette distinction qui existait entre immunité de juridiction et immunité d'exécution était une caractéristique majeure du droit de l'immunité souveraine »⁶⁶². L'étude de l'immunité diplomatique conduit à des constatations similaires. Ainsi, aux termes de l'article 31 3) de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, sous réserve de certaines exceptions, « aucune mesure d'exécution ne peut être prise à l'égard de l'agent diplomatique »⁶⁶³. Commentant cette disposition, Denza déclare que « établie de longue date en droit international coutumier » l'immunité d'exécution de l'agent diplomatique « dérive de l'inviolabilité de la personne, de la résidence et des biens du diplomate, ainsi que de son immunité de juridiction civile »⁶⁶⁴.

233. La même distinction entre immunité de juridiction et immunité d'exécution semble exister en ce qui concerne les représentants de l'État. La résolution de 2001 de l'Institut de droit international, par exemple, consacre des dispositions distinctes à ces deux immunités pour les chefs d'État en exercice⁶⁶⁵, les anciens chefs d'État⁶⁶⁶ et les chefs de gouvernement⁶⁶⁷. De surcroît, dans l'affaire *In re Grand Jury*

⁶⁶¹ Brownlie, op.cit. note 135, p. 338.

⁶⁶² George Kahale et Matias A. Vega, op. cit. note 645, p. 217.

⁶⁶³ Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, art. 31. L'agent diplomatique jouit de l'immunité de juridiction, sauf s'il s'agit :

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

b) D'une action concernant une succession, dans laquelle l'agent diplomatique figure comme exécuteur testamentaire, administrateur, héritier ou légataire, à titre privé et non pas au nom de l'État accréditant;

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

⁶⁶⁴ Denza, op. cit. note 612, p. 263 (l'auteur fait observer que « pour autant qu'elle [l'immunité d'exécution] ait été envisagée dans la pratique ou par la doctrine comme une question distincte de celle de l'immunité de juridiction civile, l'immunité d'exécution l'était d'ordinaire par référence à la règle [désormais consacrée dans l'article 32 4)] selon laquelle la renonciation à l'immunité de juridiction n'emporte pas renonciation à l'immunité des mesures d'exécution du jugement »). Voir aussi *ibid.*, p. 284 (l'auteur pose la question de savoir si une renonciation distincte serait nécessaire en matière pénale).

⁶⁶⁵ Comparer l'article 2 (relatif à l'immunité de juridiction) à l'article 4 1) (relatif à l'immunité d'exécution) de la résolution de l'Institut.

⁶⁶⁶ Comparer l'article 13 2) (relatif à l'immunité de juridiction) à l'article 13 3) (relatif à l'immunité d'exécution) de la même résolution.

⁶⁶⁷ *Ibid.*, art. 15 1) (« Le chef de gouvernement d'un État étranger bénéficie de l'inviolabilité et de l'immunité de juridiction qui sont reconnues, dans la présente Résolution, au chef d'État. Cette

Proceedings, le tribunal a établi une distinction entre immunité de juridiction et immunité de signification d'actes de procédure (*service of process*)⁶⁶⁸. Dans son commentaire de l'arrêt de la Cour de cassation française en l'affaire Khadafi, Zappalà opère la même distinction entre immunité de juridiction et immunité d'exécution, faisant observer que l'immunité *ratione personae* dont jouissait Khadafi en sa qualité de chef d'État de facto « aurait pu permettre aux tribunaux français de se déclarer compétents aussi bien au civil, pour les poursuites intentées par les familles des victimes, qu'au pénal, pour un éventuel procès par contumace (autorisé en droit français). Cependant toute mesure d'exécution, et par-dessus tout l'arrestation du colonel Khadafi, serait toujours exclue en cas de visite officielle de celui-ci »⁶⁶⁹.

234. S'agissant du représentant de l'État sous le coup de poursuites pénales, la distinction entre immunité de juridiction et immunité d'exécution soulève plusieurs questions, puisque l'intéressé s'exposerait à des « mesures d'exécution antérieures au jugement » particuliers comme l'arrestation ou la détention provisoire, avant même que la question de son immunité de juridiction ait pu être examinée. C'est pourquoi il serait peut-être bon d'envisager de distinguer selon que l'immunité d'exécution protège le représentant de l'État contre des mesures de contrainte antérieures ou postérieures au jugement, solution retenue pour les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens⁶⁷⁰. Il en résulterait sans doute trois immunités distinctes du point de vue de la procédure : une immunité à l'égard des mesures de contrainte antérieures au jugement, une immunité de juridiction (que l'intéressé jouisse ou non de l'immunité à l'égard des mesures de contrainte antérieures au jugement) et une immunité à l'égard des mesures de contrainte postérieures au jugement (au cas où l'immunité de juridiction aurait été déniée et un jugement aurait été rendu).

235. On distinguera aussi l'immunité d'exécution de la notion d'inviolabilité du représentant de l'État. Il résulte des travaux de l'Institut de droit international, que l'« immunité d'exécution » s'applique aux biens du chef d'État ou de

disposition ne préjuge pas de l'immunité d'exécution qui pourrait lui être reconnue. »).

⁶⁶⁸ *In re Grand Jury Proceedings*, note 380, p. 602 (« Cependant, la question en l'espèce n'est pas de savoir si les Marcos peuvent être responsables au civil, mais s'ils jouissent d'une immunité de poursuites absolue. »).

⁶⁶⁹ Zappalà, op. cit. note 214, p. 612.

⁶⁷⁰ On pourra utilement comparer les articles 18 (Immunité des États à l'égard des mesures de contraintes antérieures au jugement) et 19 (Immunité des États à l'égard des mesures de contrainte postérieures au jugement) de la Convention des Nations Unies de 2004 sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens. D'ailleurs, il ressort du rapport du Président du Groupe de travail sur la question, que, pour certaines délégations, « cette distinction se fondait sur le fait que l'immunité de l'État devait être plus large à l'égard des mesures de contrainte prises avant un jugement qu'à l'égard des mesures prises en vue d'assurer l'exécution d'un jugement » (Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, Rapport du Président du Groupe de travail, Sixième Commission, cinquante-quatrième session, document A/C.6/54/L.12, p. 6, par. 1). D'autres délégations, par contre, n'étaient pas favorables à cette distinction, et la question a été longuement débattue au sein du Groupe de travail. Voir Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, Rapport du Président du Groupe de travail, Sixième Commission, cinquante-cinquième session, document A/C.6/55/L.12, par. 53 à 83.

gouvernement⁶⁷¹, l'« inviolabilité » s'attachant à la personne⁶⁷². Les deux notions sont toutefois voisines, puisque la saisie conservatoire ou l'exécution forcée peuvent elles aussi porter atteinte à l'immunité du représentant de l'État. Cette parenté est consacrée par le projet d'article 25 2) proposé par le Rapporteur spécial Sompong Sucharitkul au sujet des immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, lequel porte que « les biens d'un souverain ou d'un chef d'État ne peuvent faire l'objet de mesures de saisie ou de saisie-exécution si ces mesures ne peuvent être prises sans qu'il soit porté atteinte à l'invioabilité de sa personne ou de sa demeure »⁶⁷³. Dans son opinion individuelle en l'affaire du Mandat d'arrêt, la juge ad hoc Van den Wyngaert fait observer que, bien que la Cour internationale de Justice ait estimé dans le dispositif de son arrêt que la Belgique avait méconnu l'immunité de juridiction pénale *et* l'invioabilité des ministres des affaires étrangères en exercice, « l'arrêt n'explique pas ce qu'il entend par “invioabilité” et se borne à accoler ce terme au mot “immunité” »⁶⁷⁴. Tentant d'expliquer la différence entre ces deux notions, la juge fait observer que « dans le cas d'un diplomate, un acte de citation ou d'inculpation méconnaîtrait probablement l'immunité du diplomate, alors que l'exécution de ces actes méconnaîtrait vraisemblablement son invioabilité »⁶⁷⁵. De même, dans son récent arrêt en l'affaire *Djibouti c. France*, la Cour internationale de Justice évoque l'article 29 de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, relatif à l'invioabilité, à propos de la prétention de Djibouti selon laquelle « la communication à l'Agence France-Presse, en violation du secret de l'instruction, d'informations relatives à la

⁶⁷¹ Résolution adoptée par l'Institut de droit international en 2001, art. 4 : « Les avoirs personnels du chef d'État qui sont localisés dans le territoire d'un autre État ne peuvent y être saisis ni y faire l'objet d'une quelconque mesure d'exécution forcée, sauf pour donner effet à un jugement prononcé contre lui et passé en force de chose jugée. »

⁶⁷² Ibid., article premier : « La personne du chef d'État est inviolable sur le territoire d'un État étranger. »

⁶⁷³ Projet d'article 25 2) proposé par le Rapporteur spécial Sompong Sucharitkul à la page 46 de son septième rapport. Comme il a été dit dans la première partie de la présente étude, le projet d'article 25 n'a pas été retenu dans la version définitive du projet d'articles. À l'origine, Sinclair avait proposé de le remplacer par une clause de sauvegarde qui, sans employer expressément le mot « invioabilité », renvoyait directement aux mesures de contrainte sur les biens : « Le présent projet d'articles est sans préjudice de la portée des immunités de juridiction ou des immunités de mesures de contrainte contre les biens privés, dont les souverains ou les chefs d'État jouissent en droit international pour les actes accomplis à titre personnel. » Compte rendu analytique de la 1944^e séance, op. cit., Sinclair, par. 26. La version adoptée en première lecture omettait cette référence et disposait en termes plus généraux que « les présents articles n'affectent pas non plus les privilèges et immunités que le droit international reconnaît *ratione personae* aux chefs d'État. » Projet d'article 4 2) adopté en première lecture, *Annuaire ... 1986*, vol. II (deuxième partie), p. 9. Cette formulation a été retenue dans la version définitive du projet d'article – devenu le projet d'article 3 2) – adopté par la Commission en 1991. *Annuaire ... 1991*, vol. II (deuxième partie), p. 21.

⁶⁷⁴ Opinion individuelle de la juge ad hoc Van den Wyngaert, par. 75 (l'auteur y cite le par. 78 2) de l'arrêt de la Cour en l'affaire du *Mandat d'arrêt* ...).

⁶⁷⁵ Ibid. (M^{me} Van den Wyngaert cite Jonathan Brown, « Diplomatic Immunity: State Practice under the Vienna Convention on Diplomatic Relations », *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 37 (1988), p. 53). À comparer avec Cosnard, op. cit. (1999) note 226, p. 312 (l'auteur considère que l'invioabilité des anciens chefs d'État ne vaut que dans la mesure où leurs immunités juridictionnelles ne s'opposent pas au déclenchement de poursuites pénales contre eux).

convocation à témoigner de son chef de l'État doit être considérée comme une atteinte à l'honneur ou à la dignité de celui-ci⁶⁷⁶ ».

236. L'immunité d'exécution serait regardée dans certains cas comme plus étendue que l'immunité de juridiction. À propos de l'immunité des États, Rousseau souligne que, selon la doctrine et la pratique dominantes, le domaine de l'immunité d'exécution est plus large que celui de l'immunité de juridiction du fait que la première peut porter une atteinte plus grave à la souveraineté de l'État étranger⁶⁷⁷. Toujours à propos de l'immunité des États, Kahale et Vega font observer que même après l'adoption de la théorie de l'immunité restreinte de poursuites judiciaires, celle de l'immunité d'exécution absolue primait de sorte que le demandeur privé qui aurait réussi à faire rejeter une exception d'immunité de poursuites à l'occasion d'une action d'ordre purement commercial intentée contre un État étranger, se trouverait dans l'impossibilité d'obtenir l'exécution du jugement prononcé en sa faveur⁶⁷⁸. Selon le commentaire du projet d'articles sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, l'immunité d'exécution « peut être considérée comme le dernier bastion de l'immunité des États », et « si l'on admet qu'aucun État souverain ne peut exercer son pouvoir souverain sur un autre État également souverain (*par in parem imperium non habet*), il s'ensuit à plus forte raison qu'aucune mesure d'exécution ou de contrainte ne peut être exercée par les

⁶⁷⁶ *Djibouti c. France*, par. 174 et 175 :

« [...] La Cour fait observer que, s'il avait été prouvé par Djibouti que ces informations confidentielles avaient été communiquées aux médias par des instances judiciaires françaises, cela aurait pu, dans les circonstances de la visite officielle du chef de l'État de Djibouti en France, constituer non seulement une violation du droit français, mais aussi une violation par la France de ses obligations internationales. Cependant, la Cour doit reconnaître qu'elle ne dispose d'aucune preuve convaincante établissant que les instances judiciaires françaises sont à l'origine de la diffusion des informations confidentielles en question. »

À comparer avec l'opinion individuelle du juge ad hoc Yusuf (notamment en ses paragraphes 54 et 55), qui considère que l'émission de la convocation à témoigner et sa médiatisation lors du séjour du Président djiboutien en France à l'occasion d'une conférence internationale ont porté atteinte à l'honneur et à la dignité de celui-ci. Au paragraphe 13 de son opinion individuelle, le juge Koroma conclut dans le même sens. À l'inverse, le juge Skotnikov fait observer, au paragraphe 20 de son opinion individuelle, que les termes de l'article 29 de la Convention de Vienne visent l'inviolabilité de la personne et ne garantissent pas une « protection contre des articles de presse critiques ».

⁶⁷⁷ Rousseau, op. cit. note 240, p. 16 (« Selon la doctrine et la pratique dominantes le domaine de l'immunité d'exécution est plus large que celui de l'immunité de juridiction en raison de la gravité de l'atteinte portée à la souveraineté de l'État étranger, l'utilisation de mesures de contrainte contre un État étant de toute manière incompatible avec son indépendance. »). Voir aussi Shaw, op. cit. (2003) note 26, p. 659 (« La renonciation expresse à l'immunité de juridiction [...] n'emporte pas en elle-même renonciation à l'immunité d'exécution. »).

⁶⁷⁸ Kahale et Vega, op. cit. note 645, p. 217. Voir aussi les pages 221 et 222 et la note 53 du même ouvrage (les auteurs font observer que la loi américaine sur les immunités des souverains étrangers (FSIA) « a modifié le régime de l'immunité d'exécution pour l'aligner plus étroitement sur celui de l'immunité de poursuites selon la théorie de l'immunité restreinte », mais que « l'exécution n'est encore pas nécessairement autorisée dans tous les cas où un État étranger est actionnable ». Ils proposent l'exemple de l'adjudicataire d'un marché de travaux de peinture dans une ambassade, qui peut actionner l'État étranger pour rupture de contrat en invoquant l'exception d'activité commerciale de l'article 1605 a) 2) de la FSIA, mais qui ne pourra pas obtenir l'exécution du jugement en l'absence de renonciation à l'immunité d'exécution parce que l'article 1610 a) 2) de la FSIA limite l'exécution des jugements aux biens servant à l'activité commerciale qui a donné lieu à la plainte).

autorités d'un État contre un autre État et ses biens »⁶⁷⁹. On retrouve cette conception extensive de l'immunité d'exécution à propos de l'immunité des représentants de l'État. Ainsi dans l'affaire du *Mandat d'arrêt*, la Cour internationale de Justice a fait observer que bien qu'il soit dit dans le mandat que « la qualité de ministre des affaires étrangères que possède à l'heure actuelle l'inculpé n'entraîne pas d'immunité de juridiction et d'exécution », il y est dit aussi qu'une immunité d'exécution doit être reconnue « à tout représentant d'un État qui est accueilli sur le territoire belge en tant que tel (en "visite officielle") »⁶⁸⁰.

b) Immunité du représentant de l'État qui n'est pas lui-même accusé d'infraction pénale

237. Il convient de se demander à ce stade si le représentant de l'État ne jouit de l'immunité que lorsqu'il est accusé d'une infraction pénale, ou aussi dans d'autres circonstances, par exemple lorsqu'il est cité à comparaître comme témoin dans un procès pénal. Encore que la pratique ne soit guère fournie en la matière, la tendance semble être à étendre aux représentants de l'État qui ne sont pas eux-mêmes personnellement accusés d'infraction pénale l'immunité à l'égard des injonctions d'un système judiciaire étranger. Dans l'affaire *Le Procureur c/ Blaškić*, la Chambre d'appel du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a recherché si le Tribunal pouvait décerner au Ministre de la défense de la République de Croatie une injonction de produire (*subpoena duces tecum*) certains documents intéressant la cause. La Chambre d'appel a conclu à l'unanimité que le Tribunal ne peut pas décerner « d'ordonnances contraignantes » aux responsables officiels des États agissant *ès qualités*⁶⁸¹, précisant que l'immunité dite fonctionnelle dont jouissent les responsables officiels des États ôte au Tribunal la possibilité de décerner à ces responsables agissant *ès qualités* des injonctions leur intimant de produire certains documents⁶⁸². Encore que l'espèce concerne l'immunité devant un tribunal international et non devant un tribunal pénal interne, la Chambre d'appel observe que l'exercice de la compétence judiciaire du Tribunal pénal international suit la même approche que celle adoptée normalement par les États dans leurs traités bilatéraux ou multilatéraux d'entraide judiciaire, traités qui sont conclus entre des États souverains et égaux placés sur un plan « horizontal »⁶⁸³.

238. De même, à l'occasion d'un recours civil formé devant le Bundesverwaltungsgericht allemand (Tribunal administratif fédéral) contre une décision administrative l'ayant débouté de sa demande d'asile, un Tamoul sri-

⁶⁷⁹ *Annuaire... 1991*, vol. II (Deuxième partie), p. 59, par. 2 du commentaire de l'article 18.

⁶⁸⁰ *Mandat d'arrêt ...*, par. 68.

⁶⁸¹ *Le Procureur c/ Blaskic*, Arrêt relatif à la demande d'injonctions, op. cit. note 148, par. 2 du dispositif.

⁶⁸² Ibid., par. 38. Le tribunal conclut que « si un Juge ou une Chambre entendent décerner une ordonnance aux fins de production de documents, de saisie d'éléments de preuve, d'arrestation de suspects, etc., ils doivent s'adresser à l'État concerné », *ibid.*, par. 43.

⁶⁸³ Ibid., par. 54 (la Chambre d'appel explique que, dans le plan « horizontal » sur lequel se placent des États égaux et souverains, « toute manifestation d'activité en matière judiciaire ou d'enquêtes (recueillir des éléments de preuve, saisir des documents, interroger des témoins, etc.) demandée par l'un des États contractants doit être exercée exclusivement par les autorités compétentes de l'État à qui la demande est faite » et que « la même approche a été adoptée par les États susmentionnés vis-à-vis du Tribunal international, en dépit de la primauté reconnue à celui-ci en application du Statut » et à la situation « verticale » dans laquelle il se trouve de ce fait par rapport à eux.

lankais⁶⁸⁴ a demandé à contre-interroger le Ministre de la défense de l'Inde à l'appui de son allégation que les troupes indiennes se seraient livrées à des massacres aveugles de Tamouls au Sri Lanka. Le Bundesverwaltungsgericht a rejeté la requête au motif que l'immunité complète dont jouit tout État souverain s'étend aux représentants de cet État et, sauf stipulations conventionnelles contraires, fait formellement obstacle à toutes convocations tendant à ce qu'ils soient entendus sur des actes souverains. Même si le Ministre de la défense n'était pas accusé lui-même d'une infraction pénale quelconque, le tribunal a conclu que sa déposition devait porter sur la mission des troupes indiennes au Sri Lanka, leurs motivations et leurs actes officiels, et, par suite, sur des actes souverains. Le tribunal a par conséquent déclaré que le Ministre n'était nullement tenu en droit de déposer et qu'aucune règle de la courtoisie internationale ne l'y obligeait⁶⁸⁵.

239. Ce principe trouve également appui dans le droit diplomatique. En particulier, selon la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, « l'agent diplomatique n'est pas obligé de donner son témoignage »⁶⁸⁶. De même, d'après la Convention de 1969 sur les missions spéciales « les représentants de l'État d'envoi dans la mission spéciale et les membres du personnel diplomatique de celle-ci ne sont pas obligés de donner leur témoignage »⁶⁸⁷.

240. Plus récemment, la question de l'application de l'immunité à des représentants de l'État qui ne sont pas eux-mêmes accusés d'infraction pénale a été examinée en détail dans les écritures et conclusions orales en l'affaire relative à *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)*⁶⁸⁸ encore que la Cour ne se soit pas encore prononcée. Intéresse plus particulièrement notre propos la question de l'émission de deux convocations par lesquelles les autorités judiciaires françaises demandaient au Président de la République de Djibouti de témoigner en rapport avec une plainte contre X pour subornation de témoins dans l'information judiciaire ouverte contre X pour assassinat sur la personne de Bernard Borrel. Djibouti a fait valoir que le Président de la République n'était nullement tenu de témoigner, parce que l'immunité des chefs d'État ne couvre pas les seules décisions rendues sur le fond d'un litige, mais également d'autres types d'actes adoptés par un magistrat, y compris ceux par lesquels on tenterait d'obliger les personnes en question à prêter témoignage⁶⁸⁹. Invoquant

⁶⁸⁴ Bundesverwaltungsgericht (Tribunal administratif fédéral), arrêt du 30 septembre 1988, *Deutsches Verwaltungsblatt* 1989, p. 261 sqq., résumé in Conseil de l'Europe, Comité des conseillers juridiques sur le droit international public (CAHDI), Base de données sur la pratique des États concernant les immunités des États, consultable en ligne à l'adresse suivante : http://www.coe.int/t/e/legal_affairs/legal_co-operation/public_international_law/State_Immunities/

⁶⁸⁵ Ibid.

⁶⁸⁶ Art. 31 2).

⁶⁸⁷ Art. 31 3).

⁶⁸⁸ Mémoire de la République de Djibouti, par. 133 à 138; contre-mémoire de la République française, op. cit. note 231, par. 4.6 à 4.27; comptes rendus d'audience : Djibouti, CR 2008/1 (21 janvier 2008) (van den Biesen), p. 36, 37, 50 et 51; France, CR 2008/5 (25 janvier 2008) (Pellet), p. 25 à 40; Djibouti, CR 2008/6 (28 janvier 2008) (van den Biesen), p. 18 à 26; France, CR 2008/7 (29 janvier 2008) (Pellet), p. 40 à 45.

⁶⁸⁹ Mémoire de la République de Djibouti, ibid., par. 134 (« Cette notion ne couvre pas les seules décisions rendues sur le fond d'un litige mais également d'autres types d'actes adoptés par un magistrat, y compris ceux par lesquels on tenterait d'obliger les personnes en question à prêter témoignage. »).

l'affaire du Mandat d'arrêt, dans laquelle la Cour a déclaré que « la seule émission [du mandat d'arrêt] portait atteinte à l'immunité » du représentant de l'État visé⁶⁹⁰, Djibouti a soutenu que si une convocation à témoigner n'était pas en soi un acte de contrainte comparable à un mandat d'arrêt, elle avait tout de même indiscutablement une composante contraignante et constituait par conséquent un acte bénéficiant de l'immunité de juridiction⁶⁹¹. La France semble accepter que l'immunité du chef d'État protège celui-ci contre une citation à comparaître contraignante; elle soutient à cet égard que la convocation à témoigner en question était une simple invitation à faire une déposition, qui pouvait par conséquent être refusée sans prêter à conséquence⁶⁹². Sur ce point, elle fait valoir que seuls les actes qui sont susceptibles de conduire à l'arrestation de l'intéressé ou, plus généralement, de limiter la liberté d'action qui lui est nécessaire pour s'acquitter de ses fonctions au plan international et, par voie de conséquence, d'affecter la conduite par l'État concerné de ses relations internationales sont de nature à méconnaître l'immunité du chef d'État étranger⁶⁹³. La France en a conclu que :

- « il n'a été porté aucune atteinte aux immunités du Président de la République de Djibouti, ni, bien entendu, à sa dignité, par une invitation à déposer à laquelle il était entièrement libre de déférer ou non;
- cette invitation, qui n'était assortie d'aucune mesure de contrainte ou de la menace d'une telle mesure, est en tout point conforme aux usages diplomatiques et aux principes du droit international applicables aux chefs d'État étrangers;

⁶⁹⁰ *Mandat d'arrêt* ..., par. 70.

⁶⁹¹ Mémoire de la République de Djibouti, op. cit. note 231, par. 135 (« Il sied de rappeler à ce titre que la Cour, dans l'affaire *Mandat d'arrêt* ..., a examiné en quoi l'émission et la diffusion d'un mandat d'arrêt international portent atteinte aux règles sur l'immunité par rapport à la nature et à la portée de cet acte. La Cour a constaté à ce propos que l'émission même d'un tel mandat "constitue un acte de l'autorité judiciaire belge ayant vocation à permettre l'arrestation". Or certes, une convocation à témoigner n'est pas en soi un acte de contrainte comparable à un mandat d'arrêt, mais elle a tout de même indiscutablement une composante contraignante, du fait même de l'intimation à comparaître qui est adressée à la personne convoquée : une telle intimation contredit alors elle aussi l'immunité de juridiction. »).

⁶⁹² Contre-mémoire de la République française, op. cit. note 231, par. 4.6 à 4.12, en particulier le paragraphe 4.11 (« Une convocation à témoigner adressée, par la voie diplomatique, à un représentant d'une puissance étrangère – ce qu'un chef d'État étranger est évidemment par excellence – est une simple invitation qui n'impose aucune obligation à celui qui en est l'objet »); France, CR 2008/5 (25 janvier 2008) (Pellet), p. 28 à 31 et 33 à 35, en particulier p. 28, par. 15 (« [Le] droit international [...] n'exclut nullement que les personnes jouissant d'une protection internationale puissent être invitées à témoigner dans le cadre d'une enquête pénale. »); p. 30, par. 21 (« La juge d'instruction n'entendait pas soumettre ces hautes autorités djiboutiennes à une quelconque menace de contrainte. »); p. 31, par. 23 (« Pour prendre une analogie avec un concept peut-être plus familier aux juristes de *common law*, le témoin "ordinaire" [...] doit témoigner *sub poena*, l'Ambassadeur et le Président sont invités à le faire de leur plein gré et sans aucune menace. »); p. 33, par. 26 (« [L]a juge Clément a invité le Président de la République de Djibouti à déposer comme simple témoin et non comme témoin assisté – ce qui veut dire qu'elle ne considérait pas qu'une charge quelconque pesât sur lui –, et [il ne s'agissait pas] d'une convocation à témoin ordinaire mais bien d'une invitation à témoigner qui n'était assortie d'aucune menace de contrainte. »); p. 35, par. 31 (« [O]n ne voit pas comment une simple invitation à déposer, qui n'était assortie d'aucune menace de mesure exécutoire, pourrait de quelque manière que ce soit constituer une atteinte à la dignité d'un chef d'État étranger. »).

⁶⁹³ Contre-mémoire de la République française, op. cit. note 231, par. 4.9.

– le refus, qui n’avait pas à être justifié – et ne l’a pas été – du Président Guelleh d’apporter son témoignage écrit a clos l’épisode et toute décision de la Cour de céans sur ce point est, de toute manière, sans objet »⁶⁹⁴.

241. Aux fins de la présente étude, on retiendra que le litige entre les deux parties portait sur la question de savoir si les convocations à témoin sont de caractère obligatoire ou non obligatoire en droit français⁶⁹⁵. Les deux parties semblaient convenir qu’en droit international l’immunité du chef d’État s’applique aux convocations à témoin obligatoires (même lorsqu’elles sont adressées à un chef d’État qui n’est pas accusé personnellement d’une infraction pénale), du fait que ces convocations imposent une contrainte extérieure à l’intéressé, et qu’elle est sans objet dans le cas des convocations à témoin non obligatoires, du fait que le chef d’État a toute latitude pour les ignorer. Dans son arrêt, la Cour admet qu’une convocation à témoin peut porter atteinte à l’immunité de juridiction d’un chef d’État « si celui-ci a été soumis à un acte d’autorité contraignant »⁶⁹⁶. Elle décide cependant que tel n’était pas le cas des convocations à témoin adressées par le juge d’instruction français au chef d’État de Djibouti. La Cour a considéré en effet que la convocation du 17 mai 2005

« n’était pas assortie des mesures de contrainte prévues par le Code de procédure pénale français en son article 109; il s’agissait, en effet, d’une simple invitation à témoigner que le chef de l’État pouvait accepter ou refuser librement. Par conséquent, il n’a pas été porté atteinte, de la part de la France, aux immunités de juridiction pénale dont jouit le chef de l’État, puisqu’aucune obligation ne lui a été imposée dans le cadre de l’instruction de l’affaire Borrel »⁶⁹⁷.

⁶⁹⁴ France, CR 2008/5 (25 janvier 2008) (Pellet), p. 40, par. 47.

⁶⁹⁵ Voir par exemple les comptes rendus d’audience Djibouti, CR 2008/6 (28 janvier 2008) (van den Biesen), p. 18 à 26; et France, CR 2008/7 (29 janvier 2008) (Pellet), p. 40 à 45.

⁶⁹⁶ *Djibouti c. France*, par. 170.

⁶⁹⁷ *Djibouti c. France*, par. 171. Selon la Cour, le fait que cette convocation à témoin n’ait pas respecté les formes prescrites par l’article 656 du Code de procédure pénale français ne constituait pas, en lui-même, une violation par la France de ses obligations internationales relatives à l’immunité de juridiction pénale et à l’inviolabilité des chefs d’État étrangers (par. 173). Elle relève toutefois que le juge d’instruction français n’a pas agi conformément à la courtoisie due à un chef d’État étranger (par. 172) et que le Ministère français des affaires étrangères aurait dû présenter des excuses au Président de Djibouti (par. 172 et 173). Au paragraphe 13 de son opinion individuelle, le juge Koroma aboutit à une conclusion différente : « La Cour admet ainsi que le droit international impose aux États d’accueil l’obligation de respecter l’inviolabilité, l’honneur et la dignité des chefs d’État. L’inviolabilité s’interprète comme une immunité contre toute interférence, que celle-ci invoque la loi, un droit ou un autre motif, et impose à l’État d’accueil un devoir particulier de protection contre une telle interférence ou contre toute insulte. Or la Cour s’est contentée de considérer dans son arrêt qu’en invitant par simple télécopie et sans consultation préalable un chef d’État à déposer et en lui fixant d’autorité un délai extrêmement bref pour se présenter au bureau du juge d’instruction, la France avait commis un simple manquement à la courtoisie due à un chef d’État étranger et rien d’autre. À mon avis, les actes incriminés ne relèvent pas seulement de la courtoisie, ils concernent aussi l’obligation implicite dans l’inviolabilité du chef d’État de protéger l’honneur et la dignité de celui-ci ainsi que son immunité de toute juridiction, obligation qui a été violée lorsque les convocations à témoin lui ont été envoyées, situation aggravée encore par les fuites à la presse. Il est clair que l’on entendait ainsi s’abstenir ostensiblement de manifester le respect dû à un chef d’État et porter délibérément atteinte à son honneur et à sa dignité.

S'agissant de la convocation du 14 février 2007, la Cour a fait observer ce qui suit :

« L'agrément du chef d'État est ici expressément sollicité pour cette demande de témoignage, qui a été transmise par l'intermédiaire des autorités et selon les formes prévues par la loi. Cet acte n'a pu porter atteinte aux immunités de juridiction du chef de l'État de Djibouti. »⁶⁹⁸

c) Actes auxquels l'immunité fait obstacle

242. Une fois établi le fait que tel représentant de l'État jouit de l'immunité, il faut préciser si celle-ci interdit à un État étranger d'engager à son encontre toutes procédures pénales, ou certaines seulement, comme celles tendant à restreindre sa liberté d'aller et venir ou son aptitude à exercer des fonctions officielles⁶⁹⁹. Dans l'arrêt qu'elle a rendu récemment en l'affaire *Djibouti c. France*, la Cour internationale de Justice a réaffirmé concernant un chef d'État ses conclusions de l'affaire du *Mandat d'arrêt*, selon lesquelles le chef d'État jouit « d'une immunité de juridiction pénale et d'une inviolabilité totales » qui le protègent « contre tout acte d'autorité de la part d'un autre État qui ferait obstacle à l'exercice de ses fonctions⁷⁰⁰ ». Ainsi, selon la Cour, « pour apprécier s'il y a eu atteinte, ou non, à l'immunité du chef de l'État, il faut vérifier si celui-ci a été soumis à un acte d'autorité contraignant ; c'est là l'élément déterminant⁷⁰¹ ». De la pratique, qui est, certes, peu abondante, il ressort que lorsque l'immunité trouve application, il s'agit d'une immunité générale mettant l'intéressé à l'abri de toutes les formes d'exercice de ses pouvoirs de la part du système de justice pénale, et non pas uniquement de celles qui entravent directement sa liberté de mouvement ou l'empêchent directement d'exercer des fonctions officielles. En l'affaire *Honecker*, par exemple, il a été jugé non seulement que l'immunité fait obstacle à toute procédure en bonne et due forme à l'encontre du chef d'État, mais encore que « toute enquête ou

La Cour aurait dû plutôt se demander s'il avait été porté atteinte à l'inviolabilité du chef d'État en relation avec le respect qui lui était dû en sa qualité de chef d'État; et, si elle décidait qu'il y avait été porté atteinte, quelle que soit la forme qu'ait pu prendre cette atteinte – imperfections de forme ou autres –, alors les excuses dont la Cour a estimé qu'elles s'imposaient de la part de la France pour cette atteinte auraient dû figurer à titre de remède dans le paragraphe du dispositif en tant que conclusion de la Cour. »

⁶⁹⁸ *Djibouti c. France*, par. 179. Au paragraphe 13 de son opinion individuelle, le juge Koroma aboutit à une conclusion différente :

« La convocation du 14 février 2007 semble ne suivre la procédure prévue à l'article 656 du Code de procédure pénale français qu'en apparence. Cet article régit les *dépositions écrites* des représentants d'une puissance étrangère. Or, dans le cas d'espèce, le juge d'instruction a demandé à recueillir le *témoignage* du chef de l'État djiboutien. La France, en ne respectant pas les dispositions de sa propre législation, a agi en violation des règles coutumières du droit international relatives aux immunités des chefs d'État. »

⁶⁹⁹ La présente sous-section est liée à la précédente parce que, bien souvent, les actes accessoires du type de ceux qui sont étudiés ici (« *subpoena* » et citation à comparaître, par exemple) sont du même type que les actes envisagés dans le cas de personnes qui ne sont pas accusées d'infraction pénale. Elle en diffère cependant parce que, au lieu de voir si l'immunité joue ou non d'après la catégorie d'individus (ceux qui ne sont pas accusés d'infraction pénale), on part du principe que l'intéressé jouit de l'immunité, dont on examine le champ, pour déterminer en particulier si elle couvre les actes accessoires de contrainte du système de justice pénale d'un autre État.

⁷⁰⁰ *Djibouti c. France*, par. 170. Voir aussi *Mandat d'arrêt* ..., op. cit. note 380, p. 22, par. 54.

⁷⁰¹ *Djibouti c. France*, par. 170.

instruction menée par la police ou le parquet est par conséquent irrecevable »⁷⁰². De même, dans l'affaire *Doe*, au sujet de l'immunité des accusés à l'égard des injonctions de produire (« *subpoenas duces tecum* ») des spécimens de la voix et de l'écriture, des empreintes de la paume de la main, des empreintes digitales et des dossiers financiers, la Cour a décidé, en définitive, que le Gouvernement philippin avait expressément renoncé à toute immunité dont ceux-ci avaient pu jouir. La solution retenue par la Cour implique que s'ils en avaient bénéficié, elle serait allée jusqu'à faire obstacle à la validité de ces injonctions⁷⁰³. De même encore, dans l'affaire *Lasidi, S.A. v. Financiera Avenida, S.A.*, action en diffamation civile, les demandeurs ont sollicité la déposition de S. A. cheikh Zayed bin Sultan al Nahayan, le souverain absolu d'Abou Dhabi, qui s'y est refusé en se prévalant de l'immunité du chef d'État⁷⁰⁴. Le Département d'État déposa une « déclaration d'intérêt », à l'effet que « toute atteinte à la dignité de la charge du cheikh Zayed » soit limitée à un minimum et que « les États-Unis présum[ai]ent que les tribunaux américains n'exiger[ai]ent pas de communication en personne de la part d'un chef d'État étranger si la nécessité n'en [était] pas démontrée »⁷⁰⁵. En dernière analyse, la cour a tranché en cette espèce aussi motif pris de la renonciation à l'immunité, « l'intervention volontaire sous forme de demandes reconventionnelles emportait renonciation à toute immunité testimoniale dont le cheikh aurait autrement pu bénéficier »⁷⁰⁶. Cette conclusion, toutefois, signifie implicitement que, s'il n'y avait pas eu renonciation à ladite immunité, celle-ci aurait couvert la déposition.

243. Ce cette conception extensive de l'immunité, étendue par le système de justice pénale à tous actes de nature à remettre en cause l'inviolabilité de l'intéressé, trouve quelque appui dans la pratique du droit diplomatique. On notera cependant que la disposition pertinente, à savoir l'article 31.2 de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, se veut une disposition de fond exonérant les diplomates de l'obligation de déposer, et non pas une immunité procédurale à cet égard, point qui, en son temps, avait été longuement débattu à la Commission⁷⁰⁷. Cette exemption de fond a été à diverses reprises mise à l'épreuve de la pratique. Ainsi, en 1856, ayant été témoin d'un homicide aux États-Unis, le Ministre néerlandais avait refusé de témoigner devant une juridiction américaine. Le Gouvernement américain saisit le Gouvernement néerlandais, soulignant qu'« il n'était pas douteux qu'en vertu tant de l'usage des nations que des lois des États-Unis, M. Dubois [était] fondé en droit à refuser de donner son témoignage », mais il le pria de n'en rien faire, purement au

⁷⁰² *In re Honecker*, arrêt du 14 décembre 1984, op. cit. note 235, p. 365 et 366.

⁷⁰³ *In re Doe*, op. cit. note 490, p. 43 à 46. Voir aussi *In re Grand Jury Proceedings, Doe No. 700*, op. cit. note 380, p. 1111, reproduit dans *International Law Reports*, vol. 81, p. 602 (« En l'espèce, au demeurant, la question à trancher n'est pas de savoir si les Marcos peuvent être civilement responsables, mais s'ils jouissent d'une totale immunité de juridiction et d'exécution »). Voir aussi *Mallory*, op. cit. note 240, p. 196 (« [L]orsque le chef d'État devient partie à une procédure judiciaire, les tribunaux devraient conduire la communication préalable de pièces d'une manière qui soit compatible avec la dignité de sa charge. »).

⁷⁰⁴ Cour d'appel de l'État de New York, *Lasidi, S.A. v. Financiera Avenida, S.A.*, 538 N.E.2d 332, arrêt du 28 mars 1989, p. 948 à 951.

⁷⁰⁵ *Ibid.*, p. 949. Sur le caractère non contraignant de cette « suggestion d'intérêt » (« déclaration d'intérêt ») en droit américain, par comparaison avec la force obligatoire de la « déclaration d'immunité », voir, *supra*, la note 642.

⁷⁰⁶ *Ibid.*, p. 950.

⁷⁰⁷ *Annuaire ... 1958*, vol. I, p. 147 à 152; Denza, op. cit. note 612, p. 259 et 260. La Cour suprême malaisienne a confirmé cette distinction en l'affaire *Public Prosecutor v. Orhan Ormez* (1987), analysé *infra*, note 736 et texte correspondant.

nom de la justice. En fin de compte, le Ministre ne déposa pas dans l'affaire⁷⁰⁸ et fut déclaré *persona non grata*⁷⁰⁹. En 1864, à propos d'une injonction de témoigner (*subpoena ad testificandum*) destinée à être transmise à l'Ambassadeur de France par l'intermédiaire du Ministère britannique des affaires étrangères, les juristes anglais formulèrent l'avertissement suivant :

« [q]ue, selon les principes bien établis du droit international, un ambassadeur n'est pas justiciable des tribunaux de l'État auprès duquel il est accrédité, que ce soit aux fins de citation à témoigner ou à toute autre fin; [...] Il serait bien entendu de la compétence de tout gouvernement auprès duquel l'ambassadeur serait accrédité, dans tout cas où il pourrait y avoir lieu de penser que sa comparution de son plein gré devant les tribunaux en qualité de témoin servirait les intérêts de la justice, de faire toutes représentations que ceux-ci jugeraient convenables, en vue de l'inciter à consentir à renoncer à son privilège incontesté pour témoigner, bien entendu, sans aucune injonction (*subpoena*). »⁷¹⁰

Ainsi, ses juristes faisaient le départ entre les invitations à témoigner n'emportant aucune obligation, qui sont admissibles en droit international, et les citations à comparaître obligatoires (*subpoenas*), qui ne sont pas compatibles avec les immunités dont le représentant de l'État peut bénéficier⁷¹¹.

244. L'idée que l'immunité puisse s'appliquer, non pas aux seuls actes qui empêchent directement le représentant de l'État d'exercer ses fonctions officielles, mais à toutes les formes d'exercice de leurs pouvoirs de la part des systèmes de justice pénale à l'égard de l'intéressé, peut être considérée comme découlant logiquement de la raison d'être de l'immunité, laquelle repose sur l'hypothèse prospective que, pour s'acquitter de ses fonctions officielles, le représentant de l'État doit pouvoir librement voyager, travailler et entretenir des relations dans un ressort étranger sans être menacé d'ingérence dans son travail. En l'affaire *Mandat d'arrêt*, par exemple, la Cour internationale de Justice a souligné dans son arrêt que « le simple fait qu'en se rendant dans un autre État ou qu'en traversant celui-ci, un ministre des affaires étrangères puisse être exposé à une procédure judiciaire peut le dissuader de se déplacer à l'étranger lorsqu'il est dans l'obligation de le faire pour s'acquitter de ses fonctions »⁷¹². En d'autres termes, la perspective d'une menace d'ingérence ou de contrainte, même sans directement empêcher l'exercice des fonctions officielles, risque de restreindre l'aptitude du représentant de l'État à s'en

⁷⁰⁸ Denza, *ibid.*, p. 258.

⁷⁰⁹ *Ibid.*, p. 260.

⁷¹⁰ *Ibid.*, p. 258 et 259.

⁷¹¹ Denza relève que les résolutions de 1985 et 1929 de l'Institut de droit international sur les immunités diplomatiques renferment une disposition aux termes de laquelle « les personnes jouissant de l'immunité de juridiction peuvent refuser de comparaître comme témoins devant une juridiction territoriale, à condition, s'ils en sont requis par la voie diplomatique, de donner leur témoignage, dans l'hôtel de la mission, à un magistrat du pays délégué près d'eux à cet effet », mais il ajoute que cette disposition n'est pas tout à fait révélatrice du droit international coutumier parce que, même si de nombreux États ont prévu dans leur législation que leurs diplomates témoignent dans des circonstances exceptionnelles, « rien n'indique que l'immunité du diplomate à l'égard de l'exécution forcée d'une obligation de témoigner ait jamais été subordonnée à son consentement à l'utilisation de ces locaux particuliers, et il y avait un grand nombre de systèmes juridiques, tels ceux de l'Angleterre et des États-Unis, où un témoignage recueilli dans de telles conditions était irrecevable ». *Ibid.*, p. 259.

⁷¹² *Mandat d'arrêt ...*, par. 53 à 55 (non souligné dans l'original).

acquitter efficacement⁷¹³. C'est ce dont on trouve aussi un exemple dans l'affaire du *Mandat d'arrêt*, lorsque la Cour rejette l'argument de la Belgique que « l'exécution dudit mandat dans des États tiers aurait “dépend[u] de l'existence d'autres démarches préliminaires” et que, étant donné le caractère “incomplet” du mandat à l'égard des États tiers, il n'y aurait pas eu “violation” de la souveraineté [du Congo] »⁷¹⁴. En rejetant cette thèse, la Cour conclut que l'émission et la diffusion du mandat “portai[en]t en effet atteinte à l'immunité dont M. Yerodia jouissait en tant que ministre des affaires étrangères en exercice du Congo et étai[en]t de surcroît susceptible[s] d'affecter la conduite par le Congo de ses relations internationales »⁷¹⁵. Elle souligne bien que l'intéressé étant appelé, en cette qualité, à entreprendre des voyages dans l'exercice de ses fonctions, « la seule diffusion du mandat sur le plan international, en l'absence même “d'autres démarches” de la part de la Belgique, *aurait pu* ... conduire à son arrestation lors d'un déplacement à l'étranger » et en conclut que celle-ci a donc constitué une violation d'une obligation de la Belgique à l'égard du Congo⁷¹⁶. Du fait qu'un acte incomplet – comme l'émission d'un mandat d'arrêt ou d'un *subpoena* – peut porter atteinte à l'aptitude du représentant de l'État à s'acquitter de ses fonctions officielles, il s'ensuit que l'immunité s'étend aussi à ces actes et ne s'applique pas seulement à l'exercice des pouvoirs qui empêchent directement et immédiatement le représentant d'exercer ses fonctions officielles⁷¹⁷. À l'opposé, dans son opinion dissidente, M. Al-Khasawneh fait valoir ce qui suit :

« Un ministre des affaires étrangères a droit à l'immunité d'exécution lorsqu'il est en mission officielle ... mais on ne peut guère considérer, quels que soient les critères objectifs que l'on applique, que l'ouverture d'une enquête pénale à son encontre constitue une entrave à la conduite de la diplomatie. Un ministre craintif ou d'une sensibilité exacerbée peut restreindre ses voyages privés ou

⁷¹³ Il se pourrait, au demeurant, que cette immunité ne s'applique que si l'acte en question empiète sur les fonctions officielles de l'intéressé. L'article 43 1) de la Convention de Vienne sur les relations consulaires, par exemple, tout en disposant que les membres du personnel consulaire ne sont pas justiciables des autorités judiciaires et administratives de l'État de résidence pour les actes accomplis dans l'exercice des fonctions consulaires, circonscrit bien l'immunité, envisagée dans le champ étroit de l'obligation de témoigner, aux cas où celle-ci irait à l'encontre de leurs fonctions officielles. Ibid., art. 44 3) (« Les membres d'un poste consulaire ne sont pas tenus de déposer sur des faits ayant trait à l'exercice de leurs fonctions et de produire la correspondance et les documents officiels y relatifs. »). Voir aussi ibid. à l'article 44 2) (« L'autorité qui requiert le témoignage doit éviter de gêner un fonctionnaire consulaire dans l'accomplissement de ses fonctions. Elle peut recueillir son témoignage à sa résidence ou au poste consulaire, ou accepter une déclaration écrite de sa part, toutes les fois que cela est possible. »). En ce qui concerne le témoignage qui ne gêne pas l'intéressé dans l'exercice de ses fonctions, il est prévu que celui-ci « ne doi[t] pas refuser de répondre comme témoin ». Ibid., art. 44 1).

⁷¹⁴ *Mandat d'arrêt* ..., par. 71 (guillemets dans l'original).

⁷¹⁵ Ibid.

⁷¹⁶ Ibid. (non souligné dans l'original).

⁷¹⁷ Ibid., par. 54 (« [L']immunité et ... [l']inviolabilité [d'un ministre des affaires étrangères] protègent l'intéressé contre tout acte d'autorité de la part d'un autre État qui ferait obstacle à l'exercice de ses fonctions »). Reste à savoir quel sera le plein effet de l'arrêt *Mandat d'arrêt* ... sur les lois nationales qui prévoient la poursuite de représentants d'États étrangers. Voir Wouters, op. cit. note 320, p. 264 et 265 (notant qu'il subsiste des ambiguïtés quant aux actes susceptibles d'être exercés à l'encontre de personnes qui jouissent d'immunités en vertu de l'article 5 3) de la loi belge, modifiée).

se sentir mal à l'aise, mais il s'agit là d'un élément subjectif qui doit être écarté. »⁷¹⁸

245. Dans son opinion dissidente, la juge ad hoc Van den Wyngaert adopte pour sa part une position intermédiaire, estimant qu'en règle générale une plainte pourrait donner lieu à l'ouverture d'une enquête sans porter atteinte à l'immunité du représentant de l'État, mais celle-ci exclurait toute citation directe à témoigner ou comparaître pour être interrogé⁷¹⁹.

4. Renonciation à l'immunité

246. Les divers types d'immunité ont en commun la faculté laissée au bénéficiaire d'y renoncer. En ce qui concerne l'immunité de l'État, par exemple, la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, dispose :

« un État ne peut invoquer l'immunité de juridiction dans une procédure devant un tribunal d'un autre État à l'égard d'une matière ou d'une affaire s'il a consenti expressément à l'exercice de la juridiction de ce tribunal à l'égard de cette matière ou de cette affaire : a) par accord international, b) dans un contrat écrit, ou c) par une déclaration devant le tribunal ou une communication écrite dans une procédure déterminée. »⁷²⁰

247. Le principe se retrouve dans des traités régionaux⁷²¹, des décisions de juridictions nationales⁷²² et des lois nationales⁷²³ concernant l'immunité des États et il trouve un soutien parmi les commentateurs⁷²⁴. De même, dans le cas de

⁷¹⁸ Opinion dissidente de M. Al-Khasawneh, par. 4.

⁷¹⁹ Opinion dissidente de M^{me} Van de Wyngaert, juge ad hoc, par. 75. Ces diverses thèses sont examinées dans Wouters, op. cit. note 320, p. 258 et 259 (notant que, *stricto sensu*, la Cour ne s'est prononcée que sur l'émission et la diffusion d'un mandat d'arrêt, que celui-ci n'avait pas encore été exécuté, que d'autres dispositions auraient été nécessaires de la part de la Belgique pour exécuter le mandat d'arrêt dans des États tiers, mais que ces facteurs n'ont pas empêché la Cour de parvenir à la conclusion que l'émission du mandat portait atteinte à l'immunité de M. Yerodia. L'auteur examine ensuite la question de savoir si le simple fait d'ouvrir une enquête au pénal à l'encontre d'un ministre des affaires étrangères devrait être jugé conforme au critère de fonctionnalité que la Cour défend. Voir aussi Verhoeven, « Quelques réflexions sur l'affaire... », op. cit. note 343, p. 534 (examinant l'affaire *Mandat d'arrêt* ..., il conclut : « Il résulte de cette motivation que toute ouverture ... d'une procédure pénale à l'encontre du ministre des affaires étrangères d'un État étranger est en principe contraire au droit international. Il importe peu que, dans un premier temps, il ne soit procédé qu'à des devoirs d'information et à des mesures d'instruction. La conclusion est sage. Elle est d'ailleurs admise de longue date dans le droit diplomatique »).

⁷²⁰ Art. 7 1).

⁷²¹ Voir, par exemple, la Convention européenne sur l'immunité des États de 1972, art. 2.

⁷²² Voir, par exemple, l'arrêt de la Cour d'appel de Bucarest en date du 29 mai 2003 (concluant que les tribunaux roumains ne sont pas compétents pour connaître d'aucune catégorie de différends dans lesquels un État étranger, ou son représentant ou sa mission diplomatique est défendeur, excepté les cas où cet État renonce à son immunité), résumé dans Conseil de l'Europe, Comité des conseillers juridiques sur le droit international public (CAHDI), Base de données sur la pratique des États concernant les immunités des États, accessible en ligne à l'adresse suivante : http://www.coe.int/t/e/legal_affairs/legal_co-operation/public_international_law/State_Immunities/ (dernière consultation le 3 mars 2008).

⁷²³ Royaume-Uni, loi sur l'immunité des États, 1978, s2 1) et 2); États-Unis, FSIA, par. 1605 a) 1).

⁷²⁴ Voir, par exemple, Jennings et Watts, op. cit. note 26, p. 351 (« Bien qu'il ait en principe droit à l'immunité, l'État peut y renoncer »).

l'immunité diplomatique, la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques dit que « l'État accréditant peut renoncer à l'immunité de juridiction des agents diplomatiques et des personnes qui bénéficient de l'immunité en vertu de [la présente Convention] »⁷²⁵.

248. Il est très largement admis que comme à l'immunité diplomatique et à l'immunité de l'État, il est possible de renoncer à celle du représentant de l'État⁷²⁶. La Cour internationale de Justice a conclu que les représentants de l'État « ne bénéficient plus de l'immunité de juridiction à l'étranger si l'État qu'ils représentent ou ont représenté décide de lever cette immunité »⁷²⁷, solution qui a été expressément consacrée par des juridictions nationales⁷²⁸. De même, l'Institut de droit international dit, dans sa résolution de Vancouver, que « [l]e chef de l'État ne jouit plus de l'inviolabilité, de l'immunité de juridiction ou de l'immunité d'exécution qui lui sont accordées en vertu du droit international lorsque son État y a renoncé »⁷²⁹. Watts en conclut sans ambages que « lorsqu'une immunité existe, il est possible d'y renoncer et de donner son consentement à l'exercice de la juridiction »⁷³⁰. Dans *In re Grand Jury Proceedings*, une cour d'appel de circuit fédéral a fait droit à la renonciation du Gouvernement reconnu des Philippines à l'immunité de Ferdinand Marcos, l'ancien Président, et de son épouse, Imelda, lesquels furent en conséquence jugés civilement responsables pour ne pas s'être rendus aux citations (« subpoenas ») d'un grand jury fédéral⁷³¹. De même, en l'affaire *Paul v. Avril*, il a été jugé que le Gouvernement haïtien avait renoncé à l'immunité du général de corps d'armée et ancien dirigeant militaire haïtien, et que

⁷²⁵ Art. 32(1).

⁷²⁶ De fait, de nombreuses juridictions nationales qui ont précisément analysé le lien étroit existant entre ces diverses formes d'immunité, ont noté que celle des représentants de l'État est analogue aux doctrines des immunités diplomatiques et de celles des États dont elle est issue, et en ont conclu qu'il est possible aussi d'y renoncer. Voir, par exemple, Suisse, *Ferdinand et Imelda Marcos c. Office fédéral de la police*, op. cit. note 206, p. 536 (« Les articles 32 et 39 de la Convention doivent donc s'appliquer par analogie aux chefs d'État. Aux termes de l'article 32, l'État accréditant peut renoncer à l'immunité de fonction de ses agents, mais il doit toujours le faire expressément, des actes concluants étant insuffisants »); *Lafontant v. Aristide*, op. cit. note 245, p. 587 (« La renonciation à l'immunité du chef d'État est analogue aux dispositions relatives à la renonciation de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, en ses articles 31.1 (a), 31(2) et 29, qui prévoient la faculté pour l'État accréditant de renoncer à l'immunité de ses agents diplomatiques. »); *In re Grand Jury Proceedings, Doe No 700*, op. cit. note 380, p. 602 (où l'analyse de la renonciation dans le cadre de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques débouche sur la conclusion suivante : « il est vrai que cette disposition de la Convention de Vienne ne s'applique qu'aux diplomates, mais nous ne voyons pas pourquoi sa raison d'être ne vaudrait pas aussi pour les chefs d'États. Il serait vraiment anormal qu'un État ait le pouvoir de révoquer l'immunité diplomatique mais pas celle du chef d'État »). *In re Doe*, op. cit. note 490, p. 45 (concluant que l'immunité du chef d'État est issue « des doctrines connexes de l'immunité diplomatique et de l'immunité du souverain étranger » et que, comme ces deux doctrines ménagent la possibilité de renonciation, « la doctrine connexe de l'immunité du chef d'État peut logiquement faire de même l'objet d'une renonciation. »).

⁷²⁷ Affaire *Mandat d'arrêt* ..., par. 61.

⁷²⁸ Voir, par exemple, Espagne, Audiencia Nacional, *Auto del Juzgado Central de Instrucción N° 4*, op. cit.

⁷²⁹ Art. 7(1).

⁷³⁰ Watts, op. cit. note 58, p. 67.

⁷³¹ *In re Grand Jury Proceedings, Doe No 700*, op. cit. note 380, p. 602. Voir aussi *Mr. and Mrs. Doe v. United States*, ibid., p. 46.

cet acte valait pour toute immunité « résiduelle » de chef d'État que le défendeur pouvait posséder⁷³².

249. La raison d'être de la renonciation à l'immunité, comme celle de l'immunité elle-même, procède du principe de l'égalité souveraine des États (*par in parem non habet imperium*)⁷³³. Autrement dit, « [l']abrogation de l'immunité dans le cas d'une renonciation laisse intacts les objectifs de la défense de l'égalité souveraine et de la diplomatie, parce qu'elle ne permet pas l'exercice de la juridiction sans le consentement de l'État intéressé »⁷³⁴. Sans doute considère-t-on généralement comme une fonction de cette souveraineté le fait que les États sont libres de décider pour eux-mêmes dans quels cas ils renonceront à l'immunité de l'un de leurs représentants, mais la résolution de l'Institut de droit international dit que « [l]a renonciation devrait être décidée lorsque le chef d'État est suspecté d'avoir commis des infractions particulièrement graves ou lorsque l'exercice de ses fonctions ne paraît pas compromis par les décisions que les autorités du for seraient appelées à prendre »⁷³⁵.

a) **Forme de la renonciation**

250. Dans le cas du représentant de l'État, la question de la forme que peut revêtir la renonciation à l'immunité est importante. Tout d'abord, il y a lieu de se demander si celle-ci doit être expresse, ou si une renonciation implicite est suffisante. Deuxièmement, si cette dernière est permise, il reste encore à déterminer en quoi précisément elle doit consister. Nous verrons ici tour à tour la renonciation expresse et la renonciation implicite.

i) *Renonciation expresse*

251. La validité de la renonciation expresse à l'immunité d'un représentant de l'État est très largement admise et, de fait, certaines juridictions en ont conclu que seule la renonciation expresse est valide. Le Tribunal fédéral suisse, par exemple, est parvenu à la conclusion que, dans le cas d'un chef d'État, il faut une « renonciation expresse » à l'immunité⁷³⁶. Dans l'affaire *Lafontant v. Aristide*, il a été conclu que la renonciation à l'immunité du chef d'État « doit être explicite »⁷³⁷. En l'affaire *Ahmed v. Government of the Kingdom of Saudi Arabia*, il a été jugé que la renonciation à l'immunité (immunité de l'État) doit obligatoirement revêtir la forme d'un accord écrit préalable et que ce doit être un consentement exprès et complet à l'exercice de la juridiction⁷³⁸. Plusieurs commentateurs ont également fait valoir la nécessité d'une renonciation expresse⁷³⁹.

⁷³² Tribunal du district sud de Floride, *Paul v. Avril*, jugement du 14 janvier 1993, 812 F. Supp. 207, p. 211.

⁷³³ *In re Grand Jury Proceedings, Doe n° 700*, op. cit. note 380, p. 602 (concluant que la raison d'être de l'immunité « réside dans la nécessité de la courtoisie parmi les nations du respect de la souveraineté des autres nations ... [et que celle-ci] ne devrait s'appliquer que lorsqu'elle sert ces objectifs. »).

⁷³⁴ Tunks, op. cit. note 226, p. 673.

⁷³⁵ Art. 7(2).

⁷³⁶ *Ferdinand et Imelda Marcos c. Office fédéral de la police*, op. cit. note 206, p. 536.

⁷³⁷ *Lafontant v. Aristide*, op. cit. note 245, p. 587.

⁷³⁸ *Ahmed v. Government of the Kingdom of Saudi Arabia*, décision du 6 juillet 1995, résumée dans Conseil de l'Europe, Comité des conseillers juridiques sur le droit international public (CAHDI), Base de données sur la pratique des États concernant les immunités des États,

252. On peut déceler dans la pratique plusieurs exemples de renonciation expresse à l'immunité. En premier lieu, dans l'affaire *Paul v. Avril*, le Ministre de la justice de la République d'Haïti a déclaré ceci :

« Prosper Avril, ex-général de corps d'armée haïtien et ancien Président du Gouvernement militaire de la République d'Haïti, ne bénéficie d'absolument aucune forme d'immunité, que ce soit celle d'un souverain, d'un chef d'État, d'un ancien chef d'État, qu'elle soit diplomatique, consulaire ou testimoniale, ou que ce soit toute autre immunité, de juridiction ou de poursuite, d'exécution des décisions de justice et de comparution avant et après jugement. »⁷⁴⁰

253. Dans cette affaire, le juge note que la renonciation émanait du Ministre de la justice de la République d'Haïti, dont le sceau était apposé sur le document, et que la « formulation de la renonciation pouvait difficilement être plus rigoureuse »⁷⁴¹. De même, en l'affaire *Ferdinand et Imelda Marcos c. Office fédéral de la police*, le Tribunal fédéral releva la renonciation expresse des Philippines à leur immunité, qui était ainsi rédigée :

« [L]e Gouvernement philippin renonce par la présente à toute immunité 1) d'État, 2) de chef d'État ou 3) diplomatique, dont l'ancien Président philippin Ferdinand Marcos et son épouse Imelda Marcos pourraient jouir ou dont ils pourraient avoir joui sur la base du droit américain ou du droit international ... Cette renonciation s'étend à la poursuite de Ferdinand et Imelda Marcos dans l'affaire mentionnée ci-dessus (enquête conduite dans le district méridional de l'État de New York), ainsi qu'à tout acte criminel ou à toute autre affaire connexe dans lesquels ces personnes tenteraient de se référer à leur immunité. »⁷⁴²

Le Tribunal fédéral a conclu que cette note verbale constituait une renonciation expresse des Philippines à l'immunité⁷⁴³. Enfin, dans l'affaire mettant en cause

accessible en ligne à l'adresse : http://www.coe.int/t/e/legal_affairs/legal_co-operation/public_international_law/State_Immunities/ (dernière consultation le 3 mars 2008).

⁷³⁹ Voir, par exemple, Fox, op. cit. (« The Pinochet Case No. 3 »), p. 697 (« Comme Lord Goff l'a remarquablement affirmé dans son opinion dissidente, le droit international exige que la renonciation à l'immunité de l'État soit expresse. Qu'il en est ainsi, c'est ce que confirme la Cour suprême des États-Unis dans son arrêt *Amerada Hess*, où elle infirme comme erronée la décision d'un tribunal de district jugeant que l'URSS avait implicitement renoncé à l'immunité de l'État pour violation des immunités d'un diplomate lorsqu'elle était devenue partie à la Convention de Vienne de 1961 sur les relations diplomatiques et à la Convention de 1973 sur les personnes jouissant d'une protection internationale ... Nous ne voyons pas non plus comment un État étranger peut renoncer à son immunité ... du fait qu'il signe un accord international qui ne fait nulle part mention d'une renonciation à l'immunité de juridiction aux États-Unis. Elle critique pour cette raison certains lords qui, dans l'affaire *Pinochet*, s'étaient appuyés sur la théorie de la renonciation dans la Convention sur la torture sans qu'il y eût de disposition explicite à cet effet. »); de même, Fenet, op. cit., p. 593 et 594 (faisant valoir que la renonciation ne se présume pas et doit être explicite).

⁷⁴⁰ *Paul v. Avril*, op. cit. note 732, p. 210.

⁷⁴¹ Ibid.

⁷⁴² *Ferdinand et Imelda Marcos c. Office fédéral de la police*, op. cit. note 206, p. 537.

⁷⁴³ Ibid. De même, dans *In re Doe v. United States*, un procès civil impliquant les Marcos devant une cour fédérale, le Gouvernement philippin avait adressé à celle-ci une note diplomatique renfermant leur renonciation explicite à l'immunité de chef d'État qui était ainsi formulée : « [L]e Gouvernement philippin renonce par la présente à toute immunité résiduelle de souverain, de chef d'État ou diplomatique dont l'ancien Président philippin Ferdinand Marcos et son

Hissène Habré qui fut jugée à Bruxelles, le Ministère tchadien de la justice avait expressément renoncé à l'immunité en ces termes :

« La Conférence nationale souveraine tenue à N'Djamena du 15 janvier au 7 avril 1993 avait officiellement levé toute immunité de juridiction à M. Hissène Habré. Cette position a été confortée par la loi n°010/PR/95 du 9 juin 1995 accordant l'amnistie aux détenus et exilés politiques et aux personnes en opposition armée, à l'exclusion de l'ex-Président de la République, Hissène Habré, ses coauteurs et/ou complices. Dès lors, il est clair que M. Hissène Habré ne peut prétendre à une quelconque immunité de la part des autorités tchadiennes et ce, depuis la fin de la Conférence nationale souveraine. »⁷⁴⁴

254. Il y a lieu de se demander si, pour constituer une renonciation expresse, il faut que l'État prononce précisément la levée de l'immunité de son représentant, ou si la claire intention de le faire suffit. Dans l'affaire *Libra Bank Ltd v. Banco Nacional de Costa Rica*, par exemple, la Banque nationale du Costa Rica – organe national de l'État costaricien et donc, à ce titre, apte en principe à bénéficier de l'immunité souveraine au regard de la loi du for – avait émis quatre billets à ordre au profit des quatre banques plaignantes, dont chacun disait que « l'emprunteur renonce par la présente, irrévocablement et inconditionnellement, à tout droit ou immunité de juridiction, à savoir poursuite, jugement et exécution, dont lui-même ou ses biens pourraient bénéficier à présent ou dans l'avenir pour des considérations de souveraineté⁷⁴⁵. » Dans une action au civil au sujet d'une saisie avant jugement des avoirs de la banque, les quatre banques demandereses firent valoir que le billet à ordre ne constituait pas une renonciation expresse à l'immunité de saisie, puisqu'il ne mentionnait pas précisément la saisie-arrêt avant jugement *expressis verbis*. La cour jugea que la disposition du *Foreign Sovereign Immunities Act* (FSIA) (loi sur les immunités des souverains étrangers) exigeant qu'il soit « explicitement renoncé » à l'immunité⁷⁴⁶ était destinée à faire obstacle à une renonciation par

épouse Imelda Marcos pourraient jouir au regard du droit international et du droit américain, y compris, mais sans s'y limiter, l'article 39 2) de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, en vertu de leurs anciennes fonctions au sein de l'exécutif philippin. Cette renonciation vaut seulement pour la production d'éléments de preuve, directives et autres documents de la part de Ferdinand et Imelda Marcos dans l'enquête de grand jury mentionnée plus haut, mais non pour le Gouvernement philippin, non plus que pour l'un quelconque de ses actuels ou anciens représentants... » *In re Doe v. United States*, op. cit. note 490, p. 43. La cour jugea « que quelle que soit l'immunité que les Marcos [...] ont pu posséder en qualité de chefs d'État, elle a été levée par le Gouvernement Aquino qui leur a succédé. Ibid., p. 44 (en présumant, sans trancher la question, que M^{me} Marcos, en sa qualité d'ancienne Première dame des Philippines, est un chef d'État aux fins de la doctrine).

⁷⁴⁴ Lettre du Ministre de la justice de la République du Tchad au juge d'instruction de l'arrondissement de Bruxelles, datée du 7 octobre 2002, disponible à l'adresse suivante : www.hrw.org/french/press/2002/tchad1205a.htm. Pour des analyses plus poussées, voir Paola Gaeta, « *Ratione Materiae Immunities of Former Heads of State...* » (2003), op. cit. note 501, p. 186 à 196, et Bruce Baker, « *Twilight of Impunity for Africa's Presidential Criminals* », *Third World Quarterly*, vol. 25 (2004), p. 1491.

⁷⁴⁵ Cour d'appel du deuxième circuit, *Libra Bank Ltd. v. Banco Nacional de Costa Rica, S.A.* 676 F.2d 47, arrêt du 12 avril 1982, p. 49.

⁷⁴⁶ 28 U.S.C., par. 1610 d) i) (« Le bien d'un État étranger, tel que défini à l'article 1603 a) du présent chapitre, qui est utilisé aux États-Unis aux fins d'activités commerciales, ne peut bénéficier de l'immunité de saisie avant le prononcé du jugement dans aucune action portée devant une juridiction fédérale ou celle d'un État [...] si l'État étranger a expressément renoncé

inadvertance, implication ou interprétation dans les cas où l'intention de l'État étranger était équivoque ou ambiguë... [et que] suivant cette interprétation de la loi, la renonciation de la Banque nationale à l'immunité [était] manifestement explicite »⁷⁴⁷. Selon cette cour, par conséquent, une manifestation de l'intention de renoncer à « tout droit ou immunité » est exécutoire : une renonciation explicite n'a pas nécessairement à spécifier tous les types possibles d'immunité aux fins de la renonciation⁷⁴⁸. Cette règle est encore précisée par une autre affaire portée devant la même juridiction, qui avait jugé qu'une déclaration figurant dans un accord de commerce, aux termes de laquelle les entreprises publiques des parties ne pourraient « bénéficier ni prétendre bénéficier ... d'une exemption en matière de poursuites judiciaires, d'exécution des jugements ou d'obligations d'autre ordre » ne constituait pas une renonciation à l'immunité de saisie avant jugement, parce qu'« il n'est nullement évident que les saisies avant jugement soient des obligations »⁷⁴⁹. Ainsi, une renonciation rédigée en termes très généraux (« tout droit ou immunité ») était suffisante pour manifester l'intention de renoncer à des formes d'obligation qui n'étaient pas spécifiées, mais une renonciation qui n'aurait pas été formulée en termes généraux et qui n'aurait contenu qu'une liste précise était insuffisante pour renoncer à l'immunité à l'égard de l'obligation qui n'avait pas été expressément énoncée. Cependant, on ne voit pas très bien dans quelle mesure ces tendances valent pour les actions au pénal.

à son immunité de saisie avant jugement... »).

⁷⁴⁷ *Libra Bank Ltd. v. Banco Nacional de Costa Rica, S.A.*, p. 49.

⁷⁴⁸ Par contre, le tribunal de district en l'espèce et le défendeur en appel avaient fait état de plusieurs affaires ayant trait au Traité d'amitié entre les États-Unis et l'Iran, levant toute immunité d'imposition de juridiction, d'exécution de jugements ou autre », *Libra Bank Ltd. v. Banco Nacional de Costa Rica, S.A.*, p. 50 (citant le Traité d'amitié, de commerce et de droits consulaires, du 15 août 1955, entre les États-Unis d'Amérique et l'Iran, art. XI, par. 4, U.S.T. vol. 8, p. 899, à la page 909, T.I.A.S. n° 3853), faisant valoir que ces affaires antérieures n'avaient pas interprété la formule « obligations d'un autre ordre » comme une renonciation explicite à l'immunité de saisie avant jugement (citant dans ce sens le tribunal du district central de Californie, in *Security Pacific National Bank v. Iran*, 513 F.Supp. 864, 1981, p. 879 et 880; le tribunal du district sud de l'État de New York, *New England Merchants National Bank v. Iran Power Generation & Transmission Co.*, 502 F. Supp. 120, 1980, p. 126 et 127, renvoi, 646 F.2d 779 (2d Cir. 1981); le tribunal du district nord du Texas, *E-Systems, Inc. v. Islamic Republic of Iran*, 491 F.Supp. 1294, 1980, p. 1301 et 1302; le tribunal du district sud de l'État de New York, *Reading & Bates Corp. v. National Iranian Oil Co.*, 478 F.Supp. 724, 1979, p. 728; le tribunal du district du New Jersey, *Behring International, Inc. v. Imperial Iranian Air Force*, 475 F.Supp. 383, 1979, p. 392 et 393. Comparer tribunal du district sud de New York, *Reading & Bates Drilling Co. v. National Iranian Oil Co.*, décision collégiale du 29 novembre 1979; tribunal du district sud de l'État de New York, *Electronic Data Systems Corp. v. Social Security Organization of the Government of Iran*, décision collégiale du 23 mai 1979; renvoi, 610 F.2d 94 (2d Cir. 1979). Dans l'affaire *Libra Bank*, le tribunal a conclu que « [d]ans la mesure où l'on peut dire que ces affaires pourraient donner à penser qu'une renonciation de la part d'un État étranger à toutes les immunités ne constitue pas une renonciation explicite à l'immunité de saisie avant jugement, nous serions d'avis contraire, relevant qu'elles ne sont pas déterminantes pour le Tribunal... ». Ibid.

⁷⁴⁹ Cour d'appel du deuxième circuit, *S & S Machinery Co. v. Masinexportimport*, 706 F.2d 411, arrêt du 26 avril 1983, p. 417 (suivi dans États-Unis, Cour d'appel du deuxième circuit, *O'Connell Machinery Company, Inc. v. M.V. «Americana» and Italia Di Navigazione, S.p.A.*, 734 F.2d 115, arrêt du 4 mai 1984, p. 115 à 118; tribunal du district sud de New York, *ICC Chemical Corporation v. The Industrial and Commercial Bank of China*, 886 F.Supp. 1, jugement du 9 mai 1995, p. 1 et 2).

255. Enfin se pose la question de savoir si toute immunité qui irait à l'encontre d'efforts faits pour obliger un représentant de l'État à témoigner dans une procédure⁷⁵⁰ pourrait faire l'objet d'une renonciation explicite, qu'elle porte précisément sur le témoignage ou qu'il s'agisse d'une renonciation générale. Cette question a parfois été traitée dans la pratique dans le cadre du droit diplomatique. En l'affaire *Public Prosecutor v. Orhan Ormez*, la Cour suprême de Malaisie a jugé qu'une note diplomatique indiquant que le Premier Secrétaire de l'ambassade de Turquie était autorisé à donner son témoignage « uniquement pour l'authentification de documents juridiques » ne constituait pas une renonciation à l'immunité, du fait qu'il n'existait en droit diplomatique aucune obligation de témoigner. Cette conclusion reposait sur le fait que l'article 31, paragraphe 2, de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques est une exemption substantielle de l'obligation de donner son témoignage, et non pas une exonération procédurale d'une obligation de fond existante⁷⁵¹.

ii) *Renonciation implicite à l'immunité*

256. La question la plus controversée suscitée par la renonciation à l'immunité des représentants de l'État est celle de savoir si cette renonciation est valable et, dans l'affirmative, quelle forme elle pourrait revêtir. La difficulté vient ici du fait que – conformément à la souveraineté de l'État et au principe *par in parem non habet imperium* qui sous-tend l'immunité proprement dite – toute renonciation à l'immunité doit traduire fidèlement l'intention de l'État qui y consent. Ainsi, selon Watts « saisi de la question de l'immunité d'un chef d'État, aucun tribunal ne présumera sans doute l'immunité à la légère, une renonciation expresse étant, à l'évidence, hautement souhaitable »⁷⁵². Néanmoins, il est des cas où l'intention manifeste de renoncer à l'immunité peut se déduire des déclarations ou actions de l'État, en l'absence de renonciation expresse. À cet égard, l'Institut a déclaré que « la renonciation peut être expresse ou implicite, à condition qu'elle soit certaine »⁷⁵³. De même, Verhoeven, Rapporteur de l'Institut sur ce sujet, a estimé que « pour prévenir des abus dans l'affirmation de décisions implicites, il est précisé que le retrait d'immunité doit en principe être explicite et que, s'il ne l'est pas, la volonté de l'autorité compétente ne doit néanmoins aucunement prêter à doutes »⁷⁵⁴. On notera que cette solution diffère de celle consacrée en matière d'immunités diplomatiques, comme il ressort du paragraphe 2 de l'article 32 de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, qui stipule que « la renonciation doit toujours être expresse »⁷⁵⁵.

257. Afin de déterminer précisément la mesure dans laquelle la renonciation implicite à l'immunité est acceptée en droit international contemporain, on en distinguera deux formes. Si toutes deux ont été regardées comme implicites par une partie de la jurisprudence et de la doctrine, l'une d'elles semblerait jouir d'une beaucoup plus grande faveur que l'autre. La première, qui consiste à déduire de

⁷⁵⁰ Voir *supra* sect. C.3 e), sur les « Actes exclus par le jeu de l'immunité ».

⁷⁵¹ *Public Prosecutor v. Orhan Ormez*, 1987, reproduit dans *International Law Reports*, vol. 87, p. 212 (discuté dans Denza, op. cit. note 612, p. 261). Ceci cadre avec la solution retenue par la Commission, comme on l'a vu plus haut, à la note 692 et dans le texte correspondant.

⁷⁵² Watts, op. cit. note 58, p. 68.

⁷⁵³ Art. 7 (1).

⁷⁵⁴ Institut, *Annuaire*, op. cit. note 4, p. 593, par. 8.

⁷⁵⁵ Art. 32 (2).

l'exercice de poursuites par une autorité compétente pour retirer l'immunité qu'il y a renonciation implicite à l'immunité, recueille assez largement l'adhésion⁷⁵⁶. Par exemple, saisi de l'affaire *Lasidi, SA v. Financiera Avenida, SA*, action civile en diffamation intentée contre S. A. le cheikh Zayed bin Sultan al Nahayan, Sultan d'Abou Dhabi, un tribunal de l'État de New York a jugé que « l'action volontaire de former des demandes reconventionnelles valait renonciation à toute immunité de témoignage dont le cheikh jouirait autrement »⁷⁵⁷. En matière d'immunité diplomatique, la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques qui stipule que « la renonciation doit toujours être expresse »⁷⁵⁸, porte également que « si un agent diplomatique ou une personne bénéficiant de l'immunité de juridiction en vertu de [la présente Convention] engage une procédure il n'est plus recevable à invoquer l'immunité de juridiction à l'égard de toute demande reconventionnelle directement liée à la demande principale »⁷⁵⁹. Par suite, soit la Convention de Vienne voit dans le fait d'engager une procédure une forme de renonciation expresse, soit elle accepte cette forme limitée de renonciation implicite⁷⁶⁰. En effet, Watts relève que la Convention sur les missions spéciales retient la même solution, de même que l'article 7 du projet d'article sur la responsabilité des États, et de conclure que « la seule exception commune aux trois textes est celle de l'hypothèse où le chef de l'État lui-même introduit l'action en justice : ce faisant, non seulement il accepte la juridiction de l'État du for, mais il s'interdit également de pouvoir invoquer l'immunité à l'égard de toute demande reconventionnelle directement liée à son action »⁷⁶¹. À cet égard, Verhoeven fait observer dans son rapport à l'Institut de droit international que « si la volonté de retirer l'immunité doit être certaine, elle ne doit pas nécessairement être formulée par écrit; elle est par exemple nécessairement impliquée par la décision de l'autorité compétente de poursuivre à l'étranger un (ancien) chef d'État pour récupérer des biens et autres avoirs qu'il est soupçonné de s'être illégalement appropriés »⁷⁶².

258. À l'opposé, plus controversée, la seconde forme de renonciation implicite résulterait des cas où l'immunité se déduit de l'acceptation par tel État d'un

⁷⁵⁶ La question de savoir quelle autorité est compétente pour lever l'immunité est examinée dans la sous-section suivante.

⁷⁵⁷ *Lasidi, SA v. Financiera Avenida, SA*, op. cit., p. 950.

⁷⁵⁸ Art. 32 (2).

⁷⁵⁹ Art. 32 (3).

⁷⁶⁰ Il convient de noter que le projet d'article de la Commission sur ce point envisageait à la fois une renonciation expresse et implicite en matière civile (mais non pénale). On modifiera en définitive cette disposition afin d'exiger une renonciation expresse en matière civile et pénale parce que la Commission et la Conférence de Vienne avaient toutes deux déclaré qu'il était illogique de permettre une renonciation implicite sachant que les immunités s'attachaient à l'État d'envoi et non à la personne de tel ou tel membre d'une mission diplomatique. Voir le commentaire de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques par Denza, op. cit. note 612, p. 278.

⁷⁶¹ Watts, op. cit. note 58, p. 68.

⁷⁶² Verhoeven, « Rapport provisoire », op. cit. note 207, p. 550. De même, Watts et Jennings, op. cit., déclarent s'agissant des immunités de l'État que « tel État peut [...] être regardé comme ayant implicitement renoncé à son immunité, lorsqu'il intente une action en justice ou intervient dans telle instance, ou y intervient sur le fond », faisant toutefois observer que « tel État n'est pas considéré comme ayant renoncé à son immunité s'il intervient dans une action en justice intentée contre lui pour défendre son immunité, ou un intérêt sur des biens qui font l'objet d'une action à laquelle il n'est pas partie et où il aurait joui de l'immunité si l'action en justice avait été intentée contre lui » (p. 354 et 355).

instrument ou accord qui implique nécessairement que ses actuels ou anciens représentants seront passibles de poursuites pénales dans une autre juridiction⁷⁶³. Ainsi, dans l'affaire *Pinochet* n° 3, la question de la renonciation à l'immunité qui tournait autour de la ratification par le Chili de la Convention contre la torture a été examinée dans une certaine mesure par les sept lords.⁷⁶⁴ L'un des lords a considéré qu'il s'agissait là d'un cas de renonciation expresse, six lords n'y ont même pas vu un cas de renonciation implicite, cinq des sept lords ayant conclu qu'en définitive la ratification venait manifester le consentement du Chili à soumettre son ancien chef d'État à la juridiction⁷⁶⁵. Ainsi se pose la question de savoir s'il y a eu renonciation implicite en quelque sorte⁷⁶⁶. Lord Hope de Craighead a fait observer que « la section 1605 a) 1) de la loi fédérale des États-Unis sur les immunités souveraines qui envisage la renonciation implicite a été interprétée restrictivement »⁷⁶⁷. En effet, dans l'affaire *Argentine Republic v. Amerada Hess Shipping Corporation*, la Cour suprême des États-Unis, interprétant cette disposition portant renonciation implicite, a considéré que « un État étranger ne peut [pas] renoncer à son immunité [...] en signant un accord international qui ne parle nullement de renonciation à l'immunité de poursuites devant les tribunaux des États-Unis ou même de l'existence d'un intérêt à agir aux États-Unis »⁷⁶⁸. Dans le même sens, des auteurs ont estimé que « dès lors qu'un État est convenu par contrat de soumettre à arbitrage tous différends découlant dudit contrat, les tribunaux rejettent d'ordinaire toute invocation d'immunité par cet État soit à l'occasion de la procédure d'arbitrage ou

⁷⁶³ La doctrine a opéré la même distinction entre formes acceptées et controversées de l'immunité implicite dans le contexte de la loi des États-Unis sur les immunités souveraines étrangères. Évoquant l'article 1605 a) 1) de la loi (qui stipule qu'un État étranger ne peut pas invoquer l'immunité lorsqu'il y a renoncé « soit expressément, soit implicitement »), Kahale et Vega examinent, dans leur analyse section par section de l'histoire législative de ladite loi, la disposition qui en stipule qu' : « en ce qui concerne les renonciations implicites, les tribunaux ont constaté de telles renonciations dans les cas où tel État étranger avait accepté un arbitrage dans un autre pays ou lorsque tel État étranger avait accepté que les lois d'un pays donné régissaient tel contrat. Il y aurait également renonciation implicite dans l'hypothèse où tel État étranger déposerait des contre-conclusions écrites dans une action en justice sans invoquer son immunité souveraine. Voir Kahale et Vega, op. cit. note 645, p. 232 et 233 (citant le rapport de la Chambre des représentants n° 1487, quatre-vingt-quatorzième Congrès, deuxième session, p. 18). Selon les auteurs, « il semble que l'analyse section par section exagère la portée du droit positif des renonciations implicites. Si le principe de la renonciation fondée sur l'apparence générale n'est pas douteux, il en va tout différemment de l'idée selon laquelle une clause de choix de la loi applicable ou d'arbitrage valait renonciation à l'immunité avant l'adoption de la loi sur les immunités. » Ibid., p. 233.

⁷⁶⁴ Voir les débats dans O'Neill, op. cit. note 427, p. 314 à 316.

⁷⁶⁵ On le verra, il s'agit de Lord Saville of Newdigate, Lord Millet, Lord Philips of Worth Matravers, Lord Browne-Wilkinson et Lord Hutton.

⁷⁶⁶ Une solution analogue a été adoptée au moins dans une autre affaire. Évoquant l'affaire *Von Dardel v. USSR*, action civile intentée devant un tribunal de district fédéral des États-Unis du district de Columbia, Koivu relève que le tribunal a conclu « que les juristes avaient accepté qu'un État souverain pouvait implicitement renoncer à son immunité en cas de violation des droits de l'homme en ratifiant des accords relatifs aux droits de l'homme. Ainsi, la ratification d'une convention relative aux droits de l'homme pouvait être regardée comme valant renonciation à l'immunité en présence de violations des droits de l'homme faisant l'objet de poursuites pénales dans un État étranger ». Koivu, op. cit. note 240, p. 318.

⁷⁶⁷ Affaire *Pinochet* n° 3, p. 623 (citant l'affaire *Siderman de Blake v. Republic of Argentina* (1992) 965 F.2d 699, p. 375 et 376).

⁷⁶⁸ Cour suprême, *Argentine Republic v. Amerada Hess Shipping Corporation*, op. cit., p. 442 et 443.

de toute procédure d'exécution de la sentence arbitrale contre cet État »⁷⁶⁹. Par conséquent, il semblerait qu'il y ait quelque réticence à accepter une forme d'immunité implicite fondée sur la conclusion d'un accord qui se bornerait à impliquer qu'il est renoncé à l'immunité parce que cette immunité serait d'une certaine manière incompatible avec la teneur de l'accord, en l'absence de toute disposition expresse dans ce sens⁷⁷⁰.

259. Étant donné la réticence générale à accepter la renonciation implicite sur la base de l'acceptation d'un accord, l'issue de l'affaire *Pinochet* n° 3 – fondée dans une large mesure sur la ratification par le Chili de la Convention contre la torture – semble tout à fait extraordinaire. Si le fait que six des sept lords se sont refusé à voir dans ladite espèce une question de renonciation à l'immunité traduit cette réticence générale, il faudrait pousser plus loin l'analyse pour comprendre pourquoi ils n'ont pas voulu voir là un cas de renonciation implicite. Comme cerner leur raisonnement permettrait de déterminer si cette forme de renonciation implicite existe, on tentera ici d'approfondir cette analyse. Seuls deux juges ont envisagé l'hypothèse de la renonciation expresse. D'une part, Lord Saville de Newdigate a estimé que la ratification de la Convention contre la torture valait renonciation expresse :

« En ce qui concerne les États parties à la Convention, je ne vois pas en quoi, s'agissant de torture, cette immunité cadrerait avec les dispositions de cette Convention. Chaque État partie est convenu que les autres États parties peuvent exercer leur compétence à l'égard de tortionnaires présumés ayant qualité officielle présents sur leur territoire, en les extradant ou en les déférant auprès de leurs propres autorités compétentes aux fins de poursuites; par suite, à mon avis, cet État peut difficilement invoquer en même temps l'immunité d'extradition ou de poursuites qui est nécessairement fondée sur la nature officielle de la torture alléguée [...] On a [...] dit que toute renonciation à l'immunité par un État doit être expresse, ou au moins sans ambiguïté. Sans vouloir contester cette proposition générale, il me semble que les dispositions expresses et sans ambiguïté de la Convention contre la torture satisfont à cette condition.⁷⁷¹ »

⁷⁶⁹ Jennings et Watts, op. cit. note 26, p. 352.

⁷⁷⁰ Certains auteurs se sont également demandé si la signature du Statut de Rome de la Cour pénale internationale valait renonciation à l'immunité devant les tribunaux internes. Voir Koller, op. cit. note 504, p. 40 et 41 (« Aucune disposition du Statut de la CPI ne pourrait être interprétée comme valant renonciation à l'immunité devant les tribunaux internes, mais au moins un auteur prétend que le Statut de la CPI a pour effet de lever les immunités à la fois devant la CPI et devant les tribunaux internes. En outre, l'article 9 du projet de loi d'application du Statut de la CPI de la République démocratique du Congo, qui prévoit des procès nationaux, stipule que "les immunités ou règles de procédure spéciales concernant des personnes ayant des fonctions officielles, en vertu du droit interne ou du droit international, n'empêchent pas le juge d'exercer sa compétence en ce qui concerne la personne en question" »), à comparer avec Klingberg, op. cit. note 207, p. 549 et 550 (« L'article 27 du Statut de Rome permet à la CPI de méconnaître les immunités dont jouissent normalement les nationaux des parties contractantes; dans cette mesure, cette disposition vaut renonciation à ces immunités. Or interpréter cette disposition comme déniait l'immunité aux nationaux d'États tiers mettrait l'article 27 en conflit avec le principe *pacta tertiis non nocent* consacré dans l'article 34 de la Convention de Vienne sur le droit des traités et qui fait partie du droit international coutumier. [...] Il en va de même du paragraphe 2 de l'article 6 du Statut du Tribunal spécial. »)

⁷⁷¹ Affaire *Pinochet* n° 3, p. 642 et 643.

260. En revanche, l'unique juge ayant exprimé une opinion contraire, Lord Goff de Chieveley, n'a décelé aucune renonciation expresse à l'immunité du chef de l'État dans la Convention contre la torture, ni même quelque discussion sur ce sujet dans les travaux préparatoires. Ayant également rejeté le concept de renonciation implicite à l'immunité du chef de l'État⁷⁷², il en a conclu que Pinochet jouissait de l'immunité *ratione materiae*⁷⁷³.

261. Les autres juges ont généralement été d'avis que la ratification par le Chili de la Convention contre la torture n'emportait renonciation ni expresse ni implicite à l'unanimité. Selon un d'entre eux, Lord Hope de Craighead, la renonciation n'était pas en litige car c'était davantage la consécration de l'interdiction coutumière du crime international de torture que la ratification par le Chili de la Convention contre la torture qui était incompatible avec l'immunité du chef de l'État. Partant du principe que le paragraphe 2 de l'article 32 de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, reçu en droit britannique et applicable aux immunités du chef de l'État, stipule que toute renonciation « doit toujours être expresse »⁷⁷⁴, le juge a conclu en ces termes :

« Je ne vois pas là une question de renonciation à l'immunité. Je n'accepte pas non plus que la Convention contre la torture autorise implicitement à priver l'ancien chef de l'État de son immunité *ratione materiae* à raison de tous les actes officiels de torture définis à l'article premier. C'est tout simplement que les obligations attachées par le droit international coutumier aux crimes internationaux graves à la date à laquelle le Chili a ratifié la Convention sont si impérieuses qu'elles écartent toute exception tirée par le Chili de l'immunité *ratione materiae* de juridiction à raison de crimes commis après la date communiquée par le Royaume-Uni. »⁷⁷⁵

262. Les autres juges ont été d'avis que la ratification par le Chili de la Convention contre la torture avait bel et bien pour effet de retirer l'immunité du chef de l'État, mais que loin d'opérer renonciation d'ordre procédural, elle créait un conflit de fond entre la règle portant interdiction de la torture et celle de l'immunité du chef de l'État. Certains juges ont estimé que la torture constituait par définition une fonction officielle du chef de l'État et que, par suite, la question de la renonciation à

⁷⁷² Ibid., p. 602 à 604.

⁷⁷³ Ibid., p. 604 à 609.

⁷⁷⁴ Ibid., p. 623.

⁷⁷⁵ Ibid., p. 626. Toutefois, Lord Hope de Craighead semble par ailleurs invoquer l'évolution du régime de la Convention. Voir, par exemple, ibid., p. 626 (« À mon avis, dès lors que les mécanismes prévus dans la Convention sont mis en place pour permettre l'exercice de la juridiction à l'égard de crimes par les tribunaux d'un État étranger, tout État signataire de la Convention n'est plus recevable à invoquer l'immunité *ratione materiae* en présence d'allégations de tortures systématiques ou généralisées commises après cette date portées devant les tribunaux de ces États contre toutes personnes agissant à titre officiel ou toute autre personne agissant en qualité officielle. »). En outre, Lord Hope « considère que l'immunité *ratione materiae* a cessé de jouer à partir du 30 octobre 1988, date d'entrée en vigueur pour le Chili de sa ratification de la Convention contre la torture intervenue le 30 septembre 1988 », ibid. Toutefois, Lord Hope concède en définitive que la ratification de la Convention par le Chili est sans incidence directe sur la question de l'immunité, car elle marque plutôt le moment où le Chili « a perdu le droit de s'opposer à la juridiction extraterritoriale que le Royaume-Uni pouvait exercer à l'égard de ces infractions lorsque la section est entrée en vigueur », ibid.

l'immunité ne se posait pas⁷⁷⁶. À l'opposé, d'autres juges, estimant que les actes de torture ne sauraient constituer une fonction du chef de l'État, ont considéré que la renonciation à l'immunité n'était pas en litige⁷⁷⁷.

263. Dans l'ensemble, la majorité des juges en l'affaire *Pinochet* n° 3 ont décelé une distinction très ténue entre retrait d'immunité procédurale (qui selon eux n'était pas en litige) et conflit de fond entre la règle portant interdiction de la torture et celle de l'immunité du chef de l'État (qui selon eux était en litige). Cette distinction a été critiquée par certains auteurs. Ainsi, selon O'Neil « si certains des juges ont déclaré sans ambages n'être pas en présence d'un cas de renonciation à l'immunité leur analyse vient les trahir [...] Si tel droit ne peut plus être invoqué par tel État parce qu'il aurait décidé de signer un traité, il semble évident que l'État a renoncé à ce droit »⁷⁷⁸. O'Neil de conclure que la raison pour laquelle « la majorité des juges étaient peu enclins à considérer qu'ils étaient effectivement en présence d'un cas de

⁷⁷⁶ Par exemple, Lord Millet a été d'avis que dans la mesure où aux termes de l'article premier de la Convention, des actes de torture « peuvent être commis *uniquement* par un agent de la fonction publique ou toute autre personne agissant à titre officiel ou à son instigation ou avec son consentement exprès ou tacite »; « il n'y a aucune immunité à lever [parce que] l'infraction est de celles qui ne peuvent être commises que dans des circonstances qui donneraient normalement prise à l'immunité », affaire *Pinochet* n° 3, p. 651. Il en a conclu que « la communauté internationale a[vait] créé une infraction pour laquelle l'immunité *ratione materiae* ne pouv[ait] être invoquée » parce que « on ne peut, en bonne logique, concevoir que le droit international ait établi un crime ayant le caractère de *jus cogens* et ait, en même temps, prévu une immunité coïncidant avec l'obligation qu'il a entendu imposer », *ibid.* Lord Phillips de Worth Matravers a abondé dans le même sens, *ibid.*, p. 661 (« La seule conduite visée par cette convention est celle qui ferait l'objet d'une immunité *ratione materiae*, pour autant qu'une telle immunité trouve application. La Convention est donc incompatible avec l'applicabilité de l'immunité *ratione materiae*. De deux choses l'une : soit les États parties à la Convention sont partis du principe qu'aucune immunité ne pouvait exister *ratione materiae* en ce qui concerne la torture, crime contraire au droit international, soit ils sont convenus expressément que l'immunité *ratione materiae* ne jouerait pas en cas de torture. J'estime que la première est la bonne hypothèse, mais toutes les deux font pièce à la thèse chilienne »).

⁷⁷⁷ Dans cette option, loin d'opérer immunité procédurale, la ratification de la Convention contre la torture érige carrément la torture en crime, de sorte qu'elle ne saurait être qualifiée fonction officielle couverte par l'immunité *ratione materiae*. Par exemple, Lord Browne-Wilkinson a été d'avis que « si, comme on le prétend, le sénateur Pinochet a organisé et autorisé des actes de torture après le 8 décembre 1988, ses actions ne donnaient pas prise à l'immunité *ratione materiae* parce qu'elles étaient contraires au droit international, [et] le Chili avait convenu d'interdire une telle conduite », *ibid.*, p. 595. Voir également *ibid.*, p. 594 (« Aux fins du droit international, comment qualifier de fonction officielle le fait de faire telle chose interdite et érigée en crime par le droit international? »). Lord Hutton a été du même avis, considérant que Pinochet n'avait pas droit à l'immunité, « il n'y a pas eu retrait de l'immunité d'un ex-chef d'État à raison de ses fonctions de chef d'État », mais plutôt que « la commission d'actes de torture n'est pas une fonction du chef de l'État, et, pour suite, en l'espèce, l'immunité que le sénateur Pinochet tire de sa condition d'ancien chef d'État ne joue pas et ne couvre pas des actes de torture ». *Pinochet* n° 3, p. 639 (« Je considère en toute humilité que la conclusion selon laquelle la commission d'actes de torture après le 29 septembre 1988 ne constituait pas en droit international une fonction du chef de l'État chilien n'implique pas que le Chili doit être considéré comme ayant implicitement renoncé à l'immunité d'ancien chef d'État. À mon avis, il n'y a eu nulle renonciation à l'immunité d'ancien chef d'État à raison de ses fonctions de chef d'État. Si je conclus que le sénateur Pinochet n'a pas droit à l'immunité, c'est parce que la commission d'actes de torture n'est pas une fonction du chef de l'État et que, par suite, en l'espèce, l'immunité que le sénateur Pinochet tire de sa condition d'ancien chef d'État ne couvre pas des actes de torture. »).

⁷⁷⁸ O'Neill, *op. cit.* note 427, p. 314 et 315.

renonciation à l'immunité [tenait] [...] en ceci qu'ils craignaient que remettre en cause la règle coutumière de la renonciation expresse à l'immunité ne soit source de « chaos international [si] les tribunaux de différents États parties à un traité venaient à trancher différemment la question de savoir si telle renonciation à l'immunité devait être implicite »⁷⁷⁹. De même, pour McLachlan « le grand mérite de cette solution, aux fins de son acceptation internationale, tenait en ceci qu'elle reposait sur le consentement de l'État, et était regardée comme telle. Son défaut résidait dans le fait que ce consentement n'est au fond que fiction. Comme Lord Goff l'a fait observer à juste titre dans son opinion dissidente : "Ce serait insolite et à la vérité un leurre, que l'immunité de l'État puisse être retirée par traité *sub silentio*" »⁷⁸⁰. Toutefois, McLachlan et O'Neil considèrent tous deux que la Cour internationale de Justice « a catégoriquement rejeté » cette solution de fond de renonciation à l'immunité retenue par la majorité des lords en l'affaire *Pinochet* en concluant dans l'affaire du Mandat d'arrêt en ces termes :

« [Si] 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. Celles-ci demeurent opposables devant les tribunaux d'un État étranger, même lorsque ces tribunaux exercent une telle compétence sur la base de ces conventions. »⁷⁸¹

Cette conclusion de la Cour internationale de Justice semble en effet contredire directement la solution retenue par la majorité des lords en l'affaire *Pinochet* n° 3.

264. En résumé, s'il est presque universellement admis que l'État peut retirer l'immunité de ses actuels ou anciens représentants par renonciation expresse, la notion de renonciation implicite à l'immunité est plus controversée, surtout quand on sait que la jurisprudence et la doctrine ont cru déceler cette seconde forme de renonciation dans deux phénomènes distincts. D'une part, la thèse selon laquelle l'exercice de poursuites, en particulier en matière civile, par une autorité compétente pour retirer l'immunité emporte renonciation implicite à l'immunité de juridiction recueille assez largement l'adhésion. D'autre part, dans sa forme nettement plus controversée, la renonciation implicite à l'immunité se déduirait de l'acceptation par tel État d'un instrument ou accord impliquant nécessairement que ses actuels et anciens représentants seront passibles de poursuites pénales dans une autre juridiction. Si les Lords en l'affaire *Pinochet* n° 3 semblent avoir conclu à l'existence d'une telle renonciation, ils ont tous catégoriquement nié qu'il y ait eu renonciation implicite à l'immunité⁷⁸², et la Cour internationale de Justice conclura que la ratification de conventions internationales portant prévention et répression de crimes graves est sans effet sur les immunités en droit international coutumier.

⁷⁷⁹ Ibid., p. 316 (citant l'affaire *Pinochet* n° 3, opinion dissidente de Lord Goff de Chieveley, p. 604).

⁷⁸⁰ McLachlan (2002), op. cit. note 486, p. 961 (citant l'affaire *Pinochet* n° 3, opinion de Lord Goff de Chieveley, p. 608).

⁷⁸¹ *Mandat d'arrêt* ..., par. 59.

⁷⁸² L'un des Lords a plutôt estimé qu'il s'agissait là d'un cas de renonciation expresse à l'immunité, les autres six ayant été d'avis qu'il n'y avait pas renonciation. Voir *supra* note 750 et le texte y relatif.

b) Autorité compétente pour renoncer à l'immunité

265. Pour ce qui est de l'autorité ayant compétence pour retirer l'immunité d'un représentant de l'État, il est généralement admis que le gouvernement en exercice dudit représentant étranger a seul qualité pour ce faire⁷⁸³. À cet égard, Verhoeven indique dans son rapport à l'Institut de droit international que :

« Il n'appartient pas au chef de l'État étranger de renoncer personnellement aux immunités qui lui sont dues en vertu du droit international, dès lors que celles-ci protègent des fonctions qu'il exerce dans le seul intérêt de l'État à la tête duquel il se trouve. C'est aux autorités compétentes de celui-ci qu'il incombe de retirer ou de lever ces immunités, si elles le jugent opportun. »⁷⁸⁴

266. Concernant la raison d'être de cette règle, Tunks fait observer qu'en droit international, on considère « que l'immunité du chef de l'État est un privilège accordé à l'État étranger dans le but de promouvoir le respect international, la diplomatie, et la courtoisie et non le pouvoir détenu par le dirigeant en question »⁷⁸⁵. Il s'ensuit que c'est l'État lui-même, et non le chef d'État ou autre représentant de l'État, qui a le pouvoir de renoncer à ce privilège.

267. Le principe selon lequel le gouvernement en exercice a seul qualité pour lever l'immunité du représentant de l'État devient plus complexe lorsque le gouvernement officiel est contesté. Ainsi, dans l'affaire *Lafontant v. Aristide*, deux jours après l'assassinat qui aurait été ordonné par Aristide et qui est à l'origine de cette action en justice, Aristide, renversé par un coup d'État militaire, est parti en exil aux États-Unis⁷⁸⁶. Joseph Nerette est devenu le Président temporaire d'Haïti selon la Constitution du pays, et un mandat d'arrêt a été délivré contre Aristide en vertu de la loi haïtienne⁷⁸⁷. Aristide aurait également signé une lettre par laquelle il renonçait à sa qualité de Président de la République d'Haïti⁷⁸⁸. Néanmoins, l'exécutif des États-Unis a continué à reconnaître Aristide comme le chef d'État légitime⁷⁸⁹. Le demandeur a prétendu que le gouvernement Nerette avait implicitement levé l'immunité d'Aristide faute d'avoir honoré l'accord qu'il avait signé avec ce dernier pour lui permettre de rentrer en Haïti⁷⁹⁰. Le tribunal saisi a rejeté l'argument tiré de la levée de l'immunité, considérant que, s'il est vrai qu'en général « le gouvernement d'un État étranger reconnu par l'exécutif peut lever l'immunité de son chef d'État »⁷⁹¹, en l'espèce, « comme les États-Unis ne reconnaissent pas le Gouvernement de facto, ce gouvernement n'a pas le pouvoir de lever l'immunité du Président Aristide »⁷⁹².

⁷⁸³ *Mandat d'arrêt* ..., par. 61.

⁷⁸⁴ Verhoeven, « Rapport provisoire », op. cit. note 207, p. 550.

⁷⁸⁵ Tunks, op. cit. note 226, p. 672 et 673.

⁷⁸⁶ *Lafontant v. Aristide*, op. cit. note 245, p. 130, reproduit dans la *International Legal Reports*, vol. 103, p. 583.

⁷⁸⁷ Ibid., p. 584.

⁷⁸⁸ Ibid.

⁷⁸⁹ Ibid., p. 583 et 584.

⁷⁹⁰ Ibid., p. 584 et 587.

⁷⁹¹ Ibid., p. 586.

⁷⁹² Ibid., p. 587. Encore que cette solution consistant à interroger la loi de l'État du for pour déterminer quel gouvernement a le droit de lever l'immunité soulève des questions de souveraineté (car elle peut, comme il ressort de la présente espèce, être en contradiction avec l'ordre constitutionnel de l'État du représentant), elle a quelque attrait du point de vue logique si l'on considère que l'immunité a principalement pour raison d'être de garantir de bonnes

268. Enfin, il faut déterminer quel organe ou quelle autorité bien déterminés du gouvernement en exercice reconnu du représentant de l'État a compétence pour lui retirer son immunité. Il résulte de la résolution de l'Institut de droit international que « c'est au droit national de l'État intéressé qu'il appartient de déterminer quel est l'organe compétent pour décider le retrait des immunités du chef de l'État »⁷⁹³. Dans l'affaire *Ferdinand et Imelda Marcos c. Office fédéral de la police*, le Tribunal fédéral suisse n'a pas recherché précisément quel ministre ou ministère avait décidé de la levée d'immunité, concluant plutôt en thèse générale que la déclaration émanait de l'un des organes du Gouvernement des Philippines qu'il pouvait considérer comme un représentant qualifié de cet État⁷⁹⁴. Dans l'affaire *Paul v. Avril*, l'immunité d'un ancien dirigeant militaire haïtien a été levée par le Ministre de la justice de la République d'Haïti⁷⁹⁵. Si l'on interroge la pratique des États en matière d'immunité, selon Kahale et Vega, la loi sur les immunités souveraines étrangères des États-Unis « est muette sur la question de l'autorité de la personne ou de l'organe qui lève l'immunité devant les tribunaux des États-Unis »⁷⁹⁶. En revanche, aux termes de la loi du Royaume-Uni sur l'immunité des États « la mission diplomatique d'un chef d'État au Royaume-Uni, ou la personne qui exerce ces fonctions à titre temporaire est réputée avoir qualité pour conclure au nom de l'État à l'occasion de toute action en justice »⁷⁹⁷. En outre, même si le problème ne semble guère se poser dans la pratique, selon Watts « la levée de l'immunité d'un chef d'État [...] est compliquée par le fait qu'il est l'autorité suprême dans son propre État [...] [et] en raison de sa place dans son État pourrait donner à penser qu'il peut effectivement renoncer à sa propre immunité »⁷⁹⁸. Évoquant la définition donnée de « l'État » au paragraphe b), alinéa 1) de l'article 2 du projet d'articles sur les immunités juridictionnelles des États et leurs biens, l'auteur fait valoir que, dans la mesure où la définition englobe à la fois le chef d'État et le gouvernement comme faisant partie de l'État, « il semblerait qu'une renonciation à l'immunité par l'un ou l'autre produirait effet aux fins du projet d'articles »⁷⁹⁹. En ce qui concerne les actions en justice intentées contre un chef d'État en sa qualité privée, Watts estime

relations diplomatiques entre gouvernements, puisque c'est avec le gouvernement que l'État du for reconnaît qu'il entretiendra des relations diplomatiques.

⁷⁹³ Art. 7 1) de la résolution de l'Institut adoptée en 2001. À cet égard, Kahale et Vega font remarquer (s'agissant de l'immunité des États) ce qui suit : « le problème se pose d'ordinaire dans les cas où la constitution ou les lois de tel pays étranger interdisent à tout autre gouvernement étranger de lever l'immunité souveraine. Lorsqu'une telle interprétation de la loi étrangère en vigueur est claire au moment où la levée d'immunité est invoquée, on pourrait soutenir que le retrait d'immunité est *ultra vires* et non valable, en particulier si le particulier est informé de la loi étrangère interdisant la levée d'immunité. Tant que les règles classiques concernant le choix de la loi applicable sur la question de l'autorité restent un facteur potentiel dans cette optique, la prudence commanderait à tout particulier invoquant une renonciation contractuelle d'examiner attentivement la loi étrangère [...] afin de déterminer la validité du retrait d'immunité ». Kahale et Vega, op. cit. note 645, p. 231 et 232.

⁷⁹⁴ *Ferdinand et Imelda Marcos c. Office fédéral de la police*, op. cit. note 206, p. 537 (« Du point de vue formel, il est décisif que cette déclaration émane de l'un des organes dirigeants des Philippines, que le Tribunal fédéral peut considérer comme un représentant qualifié de cet État »).

⁷⁹⁵ *Paul v. Avril*, op. cit. note 732, p. 210.

⁷⁹⁶ Kahale et Vega, op. cit. note 645, p. 231.

⁷⁹⁷ Royaume-Uni, loi sur l'immunité des États, 1978, par. 2 7), citée dans Kahale et Vega, ibid., p. 231 et 232, note 202.

⁷⁹⁸ Watts, op. cit. note 58, p. 67.

⁷⁹⁹ Ibid.

qu'« il est moins douteux que lui-même peut renoncer effectivement à cette immunité »⁸⁰⁰, mais pense également que son État pourrait le faire⁸⁰¹.

c) Effets juridiques de la renonciation à l'immunité

269. En ce qui concerne les effets juridiques de la renonciation à l'immunité – y compris toute immunité résiduelle qui ne serait pas couverte par la renonciation – en cas de renonciation expresse, la question doit être réglée par référence aux termes explicites de la renonciation à l'immunité proprement dite. Ainsi qu'il est dit plus haut, la renonciation expresse est en général de très large portée, ne laissant guère de place à l'interprétation, en ce sens qu'elle déclare, par exemple, que la personne « ne jouit absolument d'aucune forme d'immunité »⁸⁰², ou retire « toute immunité 1) d'État, 2) de chef d'État, ou 3) diplomatique »⁸⁰³. La portée juridique de toute renonciation implicite à l'immunité dépend de la renonciation en question. S'il s'agit de la première forme examinée plus haut (renonciation implicite par suite de l'introduction d'une action en justice par l'autorité compétente pour renoncer à l'immunité), la renonciation peut être limitée à l'espèce. L'effet d'une renonciation implicite relevant de la seconde catégorie (renonciation déduite de l'acceptation d'un accord international impliquant nécessairement que les représentants actuels ou anciens de l'État seront passibles de poursuites pénales dans une autre juridiction), est encore moins certain, comme en témoignent les divergences de vues entre les juges saisis de l'affaire *Pinochet* n° 3 évoquée plus haut⁸⁰⁴. Toutefois, quelle que soit la manière dont s'opère le retrait d'immunité, il est clair au moins en ce qui concerne l'immunité diplomatique⁸⁰⁵ et l'immunité d'État⁸⁰⁶ qu'une renonciation à l'immunité de juridiction n'emporte pas renonciation à l'immunité d'exécution, pour laquelle une renonciation distincte est nécessaire. Reste cependant à savoir dans quelle mesure cette règle prescrivant une renonciation distincte trouverait application en matière pénale⁸⁰⁷.

⁸⁰⁰ Ibid. (citant l'affaire de l'Accident de la circulation du Prince de X, op. cit. note 28, p. 13).

⁸⁰¹ Ibid.

⁸⁰² Levée de l'immunité de Prosper Avril, ex-lieutenant-général des Forces armées haïtiennes, voir *supra* note 732 et texte y relatif.

⁸⁰³ Levée de l'immunité de l'ancien Président des Philippines, Ferdinand Marcos, voir *supra* note 727 et texte y relatif.

⁸⁰⁴ Voir *supra*, 762 à 779 et textes y relatifs.

⁸⁰⁵ Voir par. 4 de l'article 2 de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques. Cette disposition est examinée en détail par Denza, op. cit. note 612, p. 284 à 286.

⁸⁰⁶ Voir, par exemple, Rousseau, op. cit. note 240, p. 16 (« Une conséquence importante de la dissociation des deux immunités est que la renonciation à l'immunité juridictionnelle n'emporte pas nécessairement la renonciation à l'immunité d'exécution. Pour sa part, la juridiction française a toujours admis que la disparition de l'immunité de juridiction n'entraîne pas celle de l'immunité d'exécution : celle-ci présentant un caractère absolu, la souveraineté et l'indépendance des États étrangers ne peuvent en aucun cas être compromises par des mesures d'exécution comportant le recours à la force. »).

⁸⁰⁷ Par exemple, dans son commentaire de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, Denza fait observer ceci : « Le paragraphe 4 de l'article 32 traite des seules actions civiles et administratives. Il ne parle nullement de poursuites pénales. On pourrait donc dire que le texte implique qu'en matière pénale, aucune renonciation distincte à l'exécution de toute peine n'est nécessaire et que la levée de l'immunité dans une affaire pénale ne peut pas être limitée à la procédure de détermination de la culpabilité ». Denza, op. cit. note 612, p. 284. L'auteur fait, toutefois, remarquer que :

« Le fait que l'article 32 ne parle pas de poursuites pénales est sans doute fortuit. Le

projet originel de paragraphe 4 de l'article 32 rédigé par le Rapporteur spécial stipulait que : "la levée juridictionnelle concernant des poursuites légales n'est pas considérée comme impliquant une levée de l'immunité concernant l'exécution de la sentence". À ce sujet, le Président de la Commission du droit international a fait observer que cette disposition "consacrait un principe qui, selon lui, était universellement reconnu", et le débat a été clos. Toutefois, le Comité de rédaction de la Commission a circonscrit cette disposition aux "actions civiles", sans doute parce que l'on avait modifié le début de l'article afin de stipuler que, si en matière pénale la levée de l'immunité devait toujours être expresse, elle pouvait être implicite en matière civile. Il était donc inutile de préciser qu'en matière pénale la renonciation à l'immunité aux fins de l'espèce considérée n'impliquait pas renonciation à l'immunité d'exécution, dès lors que cette précision résulterait d'ordinaire d'une renonciation expresse. Toutefois, dès lors que la renonciation implicite devait être permise en matière civile, il était important de préciser que la renonciation à l'immunité d'exécution en matière civile ne pouvait pas être implicite. La Conférence est revenue sur la décision prise par la Commission sur la question de la renonciation implicite à l'immunité, mais semble en avoir méconnu l'incidence sur le texte du paragraphe 4. » Ibid., p. 284 et 285.

Denza estime que, si « l'on tire argument contre l'idée d'exiger une renonciation distincte en matière d'exécution, ou celle de circonscrire la renonciation à la preuve de la culpabilité ou de l'innocence, de ce que la procédure pénale formerait un tout indivisible et que la peine est inséparable du verdict de culpabilité », cette hypothèse de départ ne rend pas compte « dans la pratique du déroulement de l'action pénale ». Ibid., p. 285.

Annexe

Bibliographie

I. Traités et instruments divers

Convention (II) concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre (La Haye, 29 juillet 1899) in *Conférence internationale de la paix 1899*, La Haye, Martinus Nijhoff, 1907, p. 19 à 28 (disponible sur le site Web du CICR à l'adresse <http://www.icrc.org/DIH.nsf/FULL/150?OpenDocument>).

Convention internationale pour l'unification de certaines règles concernant les immunités des navires d'État (Bruxelles, 10 avril 1926), Société des Nations, *Recueil des Traités*, vol. 176, p. 199.

Charte du tribunal militaire international pour l'Extrême-Orient, in Bazelaire et Cretin, *La justice pénale internationale*, Paris, Presses universitaires de France, 2000, annexe 3 (disponible en anglais sur le site Web <http://www.alhaq.org/etemplate.php?id=81>).

Accord concernant la poursuite et le châtement des grands criminels de guerre des Puissances européennes de l'Axe et statut du tribunal international militaire (Londres, 8 août 1945), disponible sur le site Web du CICR à l'adresse <http://www.icrc.org/DIH.nsf/FULL/350?OpenDocument>.

Convention sur la prévention et la répression du crime de génocide (New York, 9 décembre 1948), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 78, p. 277.

Convention de Vienne sur les relations diplomatiques (18 avril 1961), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 500, p. 95.

Convention de Vienne sur les relations consulaires (24 avril 1963), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 596, p. 261.

Convention sur les missions spéciales (New York, 8 décembre 1969), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1400, p. 231.

Convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs (La Haye, 16 décembre 1970), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 860, p. 105.

Convention pour la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile (Montréal, 23 septembre 1971), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 974, p. 177.

Convention européenne sur l'immunité des États et Protocole additionnel (Bâle, 16 mai 1972), *Série des traités européens*, n° 74 (disponible sur le site Web du Conseil de l'Europe à l'adresse <http://conventions.coe.int/treaty/fr/Treaties/Word/074.doc>).

Convention sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques (New York, 14 décembre 1973), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1035, p. 167.

Convention sur la sécurité du personnel des Nations Unies et du personnel associé (New York, 9 décembre 1994), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2051, p. 363.

Convention de Vienne sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel (14 mars 1975), *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales*, vol. II (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.75.V.12).

Convention internationale contre la prise d'otages (New York, 17 décembre 1979), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1316, p. 205.

Convention sur la protection physique des matières nucléaires (New York et Vienne, 3 mars 1980), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1456, p. 154.

Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (New York, 10 décembre 1984), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1465, p. 85.

Convention pour la répression d'actes illicites contre la sécurité de la navigation maritime (Rome, 10 mars 1988), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1678, p. 221.

Statut de Rome de la Cour pénale internationale (17 juillet 1998), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2187, p. 3.

Accord entre l'Organisation des Nations Unies et le Gouvernement sierra-léonais conformément à la résolution 1315 (2000) du Conseil de sécurité en date du 14 août 2000, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2178, p. 138.

Statut du Tribunal spécial pour la Sierra Leone (16 janvier 2002) disponible sur le site Web du CICR à l'adresse <http://www.icrc.org/dih.nsf/FULL/605?OpenDocument>.

Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif (New York, 15 décembre 1997), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2149, p. 256.

Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens (2 décembre 2004), document A/59/208; notification dépositaire C.N.141.2005. TREATIES-4 du 28 février 2005. Voir aussi la résolution 59/38 de l'Assemblée générale, annexe.

Convention internationale pour la répression des actes de terrorisme nucléaire (New York, 13 avril 2005), résolution 59/290 de l'Assemblée générale.

Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme (New York, 9 décembre 1999), résolution 54/109 de l'Assemblée générale.

II. Jurisprudence internationale

A. Cour permanente de Justice internationale

Affaire du « Lotus » (*France c. Turquie*), arrêt n° 9 du 7 septembre 1927, *C.P.I.J. 1927, Recueil des arrêts (Série A)*, n° 10, p. 4.

B. Cour internationale de Justice

Sahara occidental, Avis consultatif, C.I.J. Recueil 1975, p. 12.

Affaire relative au personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran (États-Unis d'Amérique c. Iran), arrêt, C.I.J. Recueil 1980, p. 3.

Différend relatif à l'immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme, Avis consultatif, C.I.J. Recueil 1999, p. 62.

Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique), arrêt, C.I.J. Recueil 2002, p. 3.

C. Tribunal de Nuremberg

Procès des grands criminels de guerre devant le Tribunal militaire international, Nuremberg, 14 novembre 1945-1^{er} octobre 1946. Édition française officielle publiée par le Secrétariat du Tribunal sous la juridiction des Autorités alliées de contrôle pour l'Allemagne, Nuremberg (Allemagne) 1947.

D. Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie

Le Procureur c. Karadžić et consorts (affaire n° IT-95-5/18), Chambre de première instance, décision du 16 mai 1995.

Le Procureur c. Blaškić (affaire n° IT-95-14), Chambre d'appel, 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.

Le Procureur c. Furundžija (affaire n° IT-95-17/1), Chambre de première instance, Jugement, 10 décembre 1998.

Le Procureur c. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac et Zoran Vukovic (affaires n°s IT-96-23 et IT-96-23/1), Chambre de première instance, Jugement, 22 février 2001.

Le Procureur c. Slobodan Milosevic (affaire n° IT-02-54), Chambre de première instance, Décision relative aux exceptions préjudicielles, 8 novembre 2001.

E. Cour européenne des droits de l'homme

Affaire Al-Adsani c. Royaume-Uni, Requête n° 35763/97, arrêt, 21 novembre 2001.

F. Tribunal spécial pour la Sierra Leone

Chambre d'appel, *Le Procureur c. Charles Ghankay Taylor* (affaire n° SCSL-2003-01-I), *Decision on Immunity from Jurisdiction*, 31 mai 2004.

III. Documents de l'ONU

A. Résolutions de l'Assemblée générale

Résolution 95(I) du 11 décembre 1946, intitulée « Confirmation des principes de droit international reconnus par le Statut de la Cour de Nuremberg ».

Résolution 3 (I) du 13 février 1946, intitulée « Extradition et châtement des criminels de guerre ».

Résolution 170 (II) du 31 octobre 1947, intitulée « Extradition des criminels de guerre et des traîtres ».

Résolution 375 (IV) du 6 décembre 1949, intitulée « Projet de déclaration des droits et des devoirs des États ».

Résolution 3074 (XXVIII) du 3 décembre 1973, intitulée « Principes de la coopération internationale en ce qui concerne le dépistage, l'arrestation, l'extradition et le châtement des individus coupables de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité ».

B. Résolutions du Conseil de sécurité

Résolution 827 (1993) du 25 mai 1993 portant adoption du Statut du Tribunal international chargé de juger les personnes présumées responsables de violations graves du droit international humanitaire commises sur le territoire de l'ex-Yougoslavie depuis 1991.

Résolution 955 (1994) du 8 novembre 1994, avec annexe contenant le Statut du Tribunal international chargé de juger les personnes présumées responsables d'actes de génocide ou d'autres violations graves du droit international humanitaire commis sur le territoire du Rwanda et les citoyens rwandais présumés responsables de tels actes ou violations commis sur le territoire d'États voisins entre le 1^{er} janvier et le 31 décembre 1994.

C. Documents de la Commission du droit international

Principes du droit international consacrés par le Statut du Tribunal de Nuremberg et dans le jugement de ce tribunal, document A/CN.4/22 et Corr.1, *Annuaire de la Commission du droit international*, 1950, vol. II, par. 97 à 127.

Rapport sur le problème de la juridiction criminelle internationale, Ricardo Alfaro, (Rapporteur spécial), document A/CN.4/15 et Corr.1, *Annuaire de la Commission du droit international*, 1950, vol. II.

Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa sixième session (3 juin-18 juillet 1954), *Annuaire de la Commission du droit international*, 1954, vol. II, par. 54.

Deuxième rapport sur les missions spéciales, Milan Bartoš (Rapporteur spécial), document A/CN.4/179, *Annuaire de la Commission du droit international*, 1965, vol. II, p. 115 à 154.

Troisième rapport sur les missions spéciales, Milan Bartoš (Rapporteur spécial), document A/CN.4/189 et Add.1 et 2, *Annuaire de la Commission du droit international*, 1966, vol. II, p. 135 à 182.

Deuxième rapport sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, Sompong Sucharitkul (Rapporteur spécial), document A/CN.4/331 et Add.1, *Annuaire de la Commission du droit international*, 1980, vol. II (première partie), p. 195 à 226.

Septième rapport sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, Sompong Sucharitkul (Rapporteur spécial), document A/CN.4/388 et Corr.1 et 2, *Annuaire de la Commission du droit international*, 1985, vol. II (première partie), p. 21 à 48.

Rapport préliminaire sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, Motoo Ogiso (Rapporteur spécial), document A/CN.4/415 et Corr.1, *Annuaire de la Commission du droit international*, 1988, vol. II (première partie), p. 100 à 126.

Deuxième rapport sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, Motoo Ogiso (Rapporteur spécial), document A/CN.4/422 et Corr.1 et Add.1 et Corr.1, *Annuaire de la Commission du droit international*, 1989, vol. II (première partie), p. 65 à 80.

Troisième rapport sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, Motoo Ogiso (Rapporteur spécial), document A/CN.4/431 et Corr.1, *Annuaire de la Commission du droit international*, 1990, vol. II (première partie), p. 3 à 22.

Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarante-huitième session (6 mai-26 juillet 1996), document A/51/10, *Annuaire de la Commission du droit international*, 1996, vol. II (deuxième partie), p. 1 à 156.

Projet d'articles sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens et commentaires y relatifs, 1991, *Annuaire de la Commission du droit international*, 1991, vol. II (deuxième partie), par. 28, p. 13 à 64.

Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarante-huitième session (6 mai-26 juillet 1996), document A/51/10, *Annuaire de la Commission du droit international*, 1996, vol. II (deuxième partie), p. 17 à 57.

Rapport du Groupe de travail sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, document A/CN.4/L.576, *Annuaire de la Commission du droit international*, 1999, vol. II (deuxième partie), annexe.

Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs, *Annuaire de la Commission du droit international*, 2001, vol. II (deuxième partie), par. 77, p. 31 à 183.

D. Études du Secrétaire général et du Secrétariat

Mémoire du Secrétaire général intitulé « Le statut et le jugement du tribunal de Nuremberg – Historique et analyse », document A/CN.4/5 (publication des Nations Unies, numéro de vente : 1949.V.7).

Étude analytique effectuée en application de la résolution 1691 (LII) du Conseil économique et social, intitulée « Principes de la coopération internationale en ce qui concerne le dépistage, l'arrestation, l'extradition et le châtimement des individus coupables de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité », Rapport du Secrétaire général, document A/8823, 17 octobre 1972.

Étude du Secrétariat intitulée « Analyse historique des faits relatifs à l'agression » (publication des Nations Unies, numéro de vente : E.03.V.10).

Étude du Secrétaire général sur l'arrestation, l'extradition et le châtement des personnes responsables de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité et sur l'échange de documents, documents E/CN.4/983 et Add.1 et 2 et A/8345.

Mémoire du Secrétaire général intitulé « Historique du problème de la juridiction criminelle internationale », document A/CN.4/7/Rev. 1 (publication des Nations Unies, numéro de vente : 1949.V.8).

E. Autres documents de l'ONU

Administration transitoire des Nations Unies au Timor oriental, Règlement n° 2000/15 du 6 juin 2000 sur la création de tribunaux ayant compétence exclusive à l'égard des crimes graves, 6 juin 2000, article 15.

IV. Documents d'autres organisations internationales

Union africaine

Conférence de l'Union africaine, septième session ordinaire, 1^{er}-2 juillet 2006, Banjul, *Décision sur le procès d'Hissène Habré et l'Union africaine* [Assembly/AU/Dec.127(VII)].

Rapport du Comité d'éminents juristes sur l'affaire Hissène Habré, présenté au Sommet de l'Union africaine en juin 2006 (disponible sur le site Web de Human Rights Watch à l'adresse http://www.hrw.org/french/themes/CEJA_Report0506fr.pdf).

Conseil de l'Europe

Comité des conseillers juridiques en matière de droit international public, *Les immunités des chefs d'État et de gouvernement et de certaines catégories de hauts fonctionnaires face aux obligations des États de poursuivre les responsables de crimes internationaux*, rapport, 23^e séance, 4 et 5 mars 2002.

V. Législations et jurisprudences nationales

A. Textes de loi et documents annexes

Afrique du Sud

Loi n° 87 de 1981 sur les immunités des États étrangers (*Foreign States Immunities Act No. 87 of 1981*), in Andrew Dickinson, Rae Lindsay et James P. Loonam (dir. publ.), *State Immunity : Selected Materials and Commentary* (Oxford, Clifford Chance, Oxford University Press, 2004), p. 513 à 522.

Loi n° 37 de 2001 sur les immunités et privilèges diplomatiques (*Diplomatic Immunities and Privileges Act 37 of 2001*), disponible en anglais sur le site Web de la Cour pénale internationale (« Outils juridiques », sect. *National implementing legislation*) à l'adresse <http://www.icc-cpi.int/legaltools/>.

Loi n° 27 de 2002 sur l'application du Statut de Rome de la Cour pénale internationale (*Act No 27 of 2002 on the Implementation of the Rome Statute of the International Criminal Court*), disponible en anglais sur le site Web de la Cour (« Outils juridiques », sect. *National implementing legislation*) à l'adresse <http://www.icc-cpi.int/legaltools/>.

Australie

Loi de 1967 sur les privilèges et immunités diplomatiques (*Diplomatic Privileges and Immunities Act 1967*).

Loi n° 196 de 1986 sur les immunités des États étrangers (*Foreign States Immunities Act*), in Andrew Dickinson, Rae Lindsay et James P. Loonam (dir. publ.), *State Immunity : Selected Materials and Commentary* (Oxford, Clifford Chance, Oxford University Press, 2004) p. 469 à 487.

Loi n° 41 de 2002 sur la Cour pénale internationale (*International Criminal Court Act 2002, No. 41*), disponible en anglais sur le site Web de la Cour (« Outils juridiques », sect. *National implementing legislation*) à l'adresse <http://www.icc-cpi.int/legaltools/>.

Belgique

Loi du 16 juin 1993 relative à la répression des violations graves du droit international humanitaire, *Moniteur belge*, 5 août 1993, modifiée par la loi du 10 février 1999, *Moniteur belge*, 23 mars 1999.

Loi modifiant la loi du 16 juin 1993 relative à la répression des violations graves du droit international humanitaire, *Moniteur belge*, 7 mai 2003 (version française et anglaise in *International Legal Materials*, vol. 42 (2003), p. 1258 à 1283).

Canada

Loi sur l'immunité des États, L.R.C. 1985, c. S-18.

Loi sur les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre, L.C. 2000, c. 24.

Colombie

Décret n° 2764 de 2002 portant promulgation du Statut de Rome de la Cour pénale internationale, (*Decreto número 2764 de 2002 por lo qual se promulga el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Diario Oficial año CXXXVIII. N. 45015. 30 noviembre 2002*).

Croatie

Loi du 4 novembre 2003 sur l'application du Statut de la Cour pénale internationale et la répression des crimes contre le droit de la guerre et le droit humanitaire, disponible en anglais sur le site Web de la Cour (« Outils juridiques », sect. *National implementing legislation*) à l'adresse <http://www.icc-cpi.int/legaltools/>.

Géorgie

Loi régissant la collaboration entre la Cour pénale internationale et la Géorgie, disponible en anglais sur le site Web de la Cour (« Outils juridiques », sect. *National implementing legislation*) à l'adresse <http://www.icc-cpi.int/legaltools/>.

Liechtenstein

Loi du 20 octobre 2004 régissant la collaboration avec la Cour pénale internationale et les autres tribunaux internationaux, disponible en anglais sur le site Web de la Cour (« Outils juridiques », sect. *National implementing legislation*) à l'adresse <http://www.icc-cpi.int/legaltools/>.

Pakistan

Ordonnance n° VI de 1981 sur l'immunité des États (*Pakistani State Immunity Ordinance No. VI of 1981*), in Andrew Dickinson, Rae Lindsay et James P. Loonam (dir. publ.), *State Immunity: Selected Materials and Commentary* (Oxford, Clifford Chance, Oxford University Press, 2004), p. 496 à 503.

Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord

Loi du 20 juillet 1978 sur l'immunité des États (*State Immunity Act of 20 July 1978*), *International Legal Materials*, vol. 17, 1978, p. 1123.

Loi de 2001 concernant la Cour pénale internationale (*International Criminal Court Act, 2001*), disponible en anglais sur le site Web de la Cour (« Outils juridiques », sect. *National implementing legislation*) à l'adresse <http://www.icc-cpi.int/legaltools/>.

Singapour

Loi de 1979 sur l'immunité des États (*States Immunity Act of 1979*), in Andrew Dickinson, Rae Lindsay et James P. Loonam (dir. publ.), *State Immunity: Selected Materials and Commentary* (Oxford, Clifford Chance, Oxford University Press, 2004), p. 504 à 512.

Suisse

Loi fédérale du 22 juin 2001 sur la coopération avec la Cour pénale internationale (LCPI), RO 2002 1493 (disponible sur le site Web de la Confédération suisse à l'adresse <http://www.admin.ch/ch/f/as/2002/1493.pdf>).

États-Unis d'Amérique

Loi de 1789 régissant la réparation du préjudice causé par un étranger ou subi par un étranger (*Alien Tort Claims Act*), numéro de code 28 U.S.C., par. 1350.

Loi de 1976 sur les immunités des souverains étrangers [*Foreign Sovereign Immunities Act (FSIA)*], 28 U.S.C., par. 1602 à 1611 (1976).

Loi générale de 1986 sur la sécurité du corps diplomatique et la lutte contre le terrorisme (*Omnibus Diplomatic Security and Antiterrorism Act of 1986*), 18 U.S.C. (nouveau numéro de code 18 U.S.C., par. 2332).

Loi de 1996 sur la lutte contre le terrorisme et l'application effective de la peine de mort (*Antiterrorism and Effective Death Penalty Act of 1996*), sect. 221, Public Law 104-132, 110 Stat. 1214 (1996).

B. Jurisprudence nationale et documents liés à l'action pénale dans l'ordre interne

Autriche

Cour suprême, affaire de l'*Accident de la route du Prince de X*, 1964, J. Bl. 86 (1984) p. 587, texte anglais dans *International Law Reports*, vol. 65, p. 13 à 15.

Cour suprême, affaire *W. c. le Prince du Liechtenstein*, arrêt du 14 février 2001, 7 Ob 316/00x.

Belgique

Ordonnance de Damien Vandermeersch, juge d'instruction au tribunal de première instance de Bruxelles, 6 novembre 1998, sect. 3.1, *Revue de droit pénal et de criminologie*, vol. 79, n° 2 (1999), Bruxelles, palais de justice, p. 278.

Tribunal civil de Bruxelles, *Mobutu c. S.A. Cotoni*, *Jurisprudence de Liège, Mons et Bruxelles (JLMB)* 1989, p. 169.

Cour de cassation, *H.S.A. et consorts c. S.A. et consorts*. Décision relative à la mise en accusation d'Ariel Sharon, Amos Yaron et consorts, n° P.02.1139.f, 12 février 2003, *International Legal Materials*, vol. 42, n° 3 (2003), p. 601 à 605 (version originale française).

Canada

Bouzari et al. c. République islamique d'Iran, Cour d'appel de l'Ontario, arrêt du 30 juin 2004, 243 DLR (4th) 406 (2004).

Jaffe c. Miller et al. (1993), Cour d'appel de l'Ontario, arrêt du 17 juin 1993, 13. O. R. (3d) 745.

France

Cour d'appel de Paris, *Mellerio c. Isabelle de Bourbon, ex-Reine d'Espagne*, 3 juin 1872.

Tribunal civil de la Seine, *Seyyid Ali Ben Hammond, Prince Rashid c. Wiercinski*, 25 juillet 1916.

Cour d'appel de Paris, *Ex-Roi Farouk d'Égypte c. S.A.R.L. Christian Dior*, 11 avril 1957, *Journal du droit international* (1957), p. 716 à 718.

Cour d'appel de Paris, *Ali Ali Reza c. Grimpel*, arrêt du 28 avril 1961, *Revue générale de droit international public* (1962), p. 418, tel que cité et interprété par Watts, op. cit., p. 106.

Tribunal de grande instance de la Seine, *Société Jean Dessès c. Prince Farouk et Dame Sadek*, 12 juin 1963, in *Clunet* (1964), p. 285.

Cour de cassation (chambre criminelle), *Fédération nationale des déportés et internés résistants et patriotes et autres c. Barbie*, arrêt du 20 décembre 1985, *Revue générale de droit international public* (1984), p. 508.

Conseil constitutionnel, décision 98-408 DC du 22 janvier 1999 relative au Traité portant statut de la Cour pénale internationale, disponible sur le site Web du Conseil à l'adresse <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/depuis-1958/decisions-par-date/1999/98-408-dc/decision-n-98-408-dc-du-22-janvier-1999.11823.html>.

Cour d'appel de Paris (chambre d'accusation), *Affaire Kadhafi*, arrêt du 20 octobre 2000, *Revue générale de droit international public*, vol. 105, 2001, p. 475.

Cour de cassation, *Affaire Kadhafi*, arrêt n° 1414 du 13 mars 2001, *Revue générale de droit international public*, vol. 105 (2001), p. 474.

République fédérale d'Allemagne

Cour suprême fédérale, affaire de l'*Église de scientologie*, arrêt du 26 septembre 1978, *VI ZR 267/76*, *N.J.W.* 1979, p. 1101; version anglaise dans *International Law Reports*, vol. 65, p. 193.

Cour suprême fédérale (deuxième chambre criminelle), *Re Honecker*, n° 2 ARs 252/84, arrêt du 14 décembre 1984, 33 BGHSt 97, version anglaise dans *International Law Reports*, vol. 80, p. 365 et 366.

Cour administrative fédérale, arrêt du 30 septembre 1988, *Deutsches Verwaltungsblatt* 1989, résumé en anglais dans la Base de données sur la pratique des États concernant les immunités des États, du Comité des conseillers juridiques sur le droit international public (CAHDI) du Conseil de l'Europe, à l'adresse : http://www.coe.int/t/e/legal_affairs/legal_co-operation/public_international_law/State_Immunities/ (consultée le 3 mars 2008).

Cour constitutionnelle fédérale, *Honecker*, arrêt du 21 février 1992 publié in *Deutsche Rechtsprechung zum Völkerrecht und Europarecht, 1986-1993* (Berlin, Springer, 1997), p. 129 et 130.

Cour suprême fédérale, procès des gardes frontière, arrêt du 3 novembre 1992, n° 5 StR 370/92, BGHSt, vol. 39, p. 1 et suiv. et p. 15 et suiv., version anglaise in *International Law Reports*, vol. 100, p. 372 et 373.

Cour constitutionnelle fédérale, décision du 15 mai 1995, *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, vol. 92, p. 277 et suiv., résumé en anglais dans la Base de données sur la pratique des États concernant les immunités des États, du Comité des conseillers juridiques sur le droit international public (CAHDI) du Conseil de l'Europe, à l'adresse (http://www.coe.int/t/e/legal_affairs/legal_co-operation/public_international_law/State_Immunities/).

Cour constitutionnelle fédérale, affaire de l'*ancien Ambassadeur syrien en République démocratique allemande*, n° 2 BvR 1516/96, 96 BVerJGE, p. 68; version anglaise in *International Law Reports*, vol. 115, p. 596 à 618.

Inde

Haute Cour d'Allahabad, *Rani Amrit Kunwar v. Commissioner of Income Tax*, 21 décembre 1945, *International Law Reports*, vol. 22, p. 73 à 75.

Cour suprême, *Colonel H. H. Raja Sir Harinder Singh Barar Bans Ahadur v. Commissioner of Income Tax*, arrêt du 15 octobre 1971, *International Law Reports*, vol. 64, p. 523 à 534.

Irlande

Cour suprême, *Norburt Schmidt v. Home Secretary of the United Kingdom*, 24 avril 1997.

Israël

Cour suprême (siégeant en appel au pénal), *État d'Israël c. Adolf Eichmann*, arrêt du 29 mai 1962, (1962) 16 Piske Din, p. 2033, version anglaise in *International Law Reports*, vol. 36, p. 277 à 343.

Tribunal de district de Jérusalem, *État d'Israël c. Adolf Eichmann*, jugement du 12 décembre 1961, version anglaise in *International Law Reports*, vol. 36, p. 5 à 276.

Italie

Cour de cassation, *Bacchelli v. Comune di Bologna*, arrêt du 20 février 1978 (n° 804), *Italian Yearbook of International Law*, vol. IV (1978-1979) (note de Luigi Condorelli), p. 137 à 145.

Cour de cassation, *Arafat e Salah*, arrêt du 28 juin 1985 (n° 1981), *Rivista di diritto internazionale*, vol. LXIX, p. 884 à 889.

Cour de cassation, *Ferrini v. Repubblica Federale di Germania*, arrêt du 11 mars 2004 (n° 5044), *Rivista di diritto internazionale*, 2004, fasc. II, p. 540 à 551.

Cour de cassation, *Ministère public (tribunal de Naples) c. Milo Djukanovic*, n° 49666, arrêt du 28 décembre 2004.

Pays-Bas

Cour spéciale de cassation, *In re Rauter*, 12 janvier 1949, *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases* (1949), affaire n° 193, p. 526 à 548.

Cour spéciale de cassation, *In re Ahlbrecht*, 11 avril 1949, *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases* (1949), affaire n° 141, p. 397 à 399.

Nouvelle-Zélande

Haute Cour d'Auckland, *R. v. Mafart and Prieur*, arrêt du 22 novembre 1985, *International Law Reports*, vol. 74, p. 241 à 277.

Pakistan

Cour suprême, *Qureshi v. USSR*, 8 juillet 1981, *International Law Reports*, vol. 64, p. 586 à 653.

Pologne

Cour nationale suprême, *In re Buhler*, 10 juillet 1948, *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases* (1948), p. 680 à 682.

Sénégal

Cour d'appel de Dakar (chambre d'accusation), *Le Ministère public c. Hissène Habré*, arrêt n° 135 du 4 juillet 2000, disponible sur le site de Human Rights Watch à l'adresse <http://www.hrw.org/french/themes/habre-decision.html>; Cour de cassation, *Souleymane Guengueng et autres c. Hissène Habré*, arrêt n° 14 du 20 mars 2001, id., http://www.hrw.org/french/themes/habre-cour_de_cass.html.

Sierra Leone

Cour suprême, *Issa Hassan Sesay a.k.a. Issa Sesay, Allieu Kondewa, Moinina Fofana v. President of the Special Court, Registrar of the Special Court, Prosecutor of the Special Court, Attorney-General and Minister of Justice*, arrêt du 14 octobre 2005, SC n° 1/2003.

Espagne

Auto de solicitud de extradición de Pinochet (demande d'extradition présentée le 3 novembre 1998) (<http://www.ua.es/up/pinochet/documentos/auto-03-11-98/auto24.htm>).

Audiencia Nacional, *Auto del Pleno de la Sala de lo Penal*, 4 mars 1999, n° 1999/2723 (concernant Fidel Castro).

Audiencia Nacional, *Auto del Juzgado Central de Instrucción N° 4*, 6 février 2008, (concernant Kagame, actuel chef d'État du Rwanda).

Suisse

Tribunal fédéral, *Ferdinand et Imelda Marcos c. Office fédéral de la police* (recours de droit administratif), arrêt du 2 novembre 1989 (ATF 115 Ib 496), reproduit partiellement dans la *Revue suisse de droit international et de droit européen*, 1991, p. 534 à 537 (version anglaise in *International Law Reports*, vol. 102, p. 198 à 205).

Tribunal fédéral, *Evgueni Adamov c. Office fédéral de la justice*, arrêt du 22 décembre 2005, ATF 132 II 81.

Royaume-Uni

Chambre des lords, *Government of the Republic of Spain v. SS « Arantzazu Mendi » and Others*, 23 février 1939, *American Journal of International Law*, vol. 33, n° 3, p. 583 à 588.

Chambre des lords, *Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet Ugarte*, 25 novembre 1998, *International Legal Materials*, vol. 37 (1998), p. 1302 à 1339 (« Pinochet I »).

Chambre des lords, *Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet Ugarte*, 24 mars 1999, *International Legal Materials*, vol. 38 (1999), p. 581 à 663 (« Pinochet n° 3 »).

Chambre des lords, *Kuwait Airways Corp v. Iraqi Airways Co. et al.* (n° 2), 16 mai 2002, [2002] UKHL 19, disponible à l'adresse : <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200102/ldjudgmt/jd020516/kuwait-1.htm>.

Chambre des lords, *Jones (Respondent) v. Ministry of Interior Al-Mamlaka Al-Arabiya AS Saudiya (the Kingdom of Saudi Arabia) (Appellants); Mitchell and*

others (Respondents) v. Al-Dali and others and Ministry of Interior Al-Mamlaka Al-Arabiya AS Saudiya (the Kingdom of Saudi Arabia) (Appellants); Jones (Appellant) v. Ministry of Interior Al-Mamlaka Al-Arabiya AS Saudiya (the Kingdom of Saudi Arabia) (Respondents) (Conjoined Appeals), Appellate Committee, 14 juin 2006, [2006] UKHL 26.

Cour d'appel, *Parlement belge*, (1880) LR 5 PD 197.

Chambre des lords, *Duke of Brunswick v. King of Hanover*, (1848) 2 H.L.C. 1.

Tribunal militaire britannique de Hambourg (Allemagne), *In re von Lewinski (called Von Manstein)*, 19 décembre 1949, *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases* (1949), affaire n° 192, p. 509 à 525.

Tribunal militaire britannique de Venise (Italie), *The Trial of Albert Kesselring*, 17 février-6 mai 1947, *Law Reports of Trial of War Criminals*, vol. 9 (1949), p. 9 à 14.

Cour d'appel, *Ahmed v. Government of the Kingdom of Saudi Arabia*, décision du 6 juillet 1995, résumée dans la Base de données sur la pratique des États concernant les immunités des États, du Comité des conseillers juridiques sur le droit international public (CAHDI) du Conseil de l'Europe, disponible à l'adresse : http://www.coe.int/t/e/legal_affairs/legal_co-operation/public_international_law/State_Immunities/ (consultée le 3 mars 2008).

Juge principal de district au tribunal d'instance de Bow Street, *Tatchell v. Mugabe*, jugement du 14 janvier 2004, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 53 (2004), p. 769 et 770.

Tribunal de district de Bow Street, *Re General Shaul Mofaz*, jugement du 12 février 2004, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 53 (2004), p. 771 à 774.

CL Pratt, tribunal de district de Bow Street, *Application for Arrest Warrant Against General Shaul Mofaz*, jugement du 12 février 2004 (Bow St. Mag. Ct. Feb. 12, 2004) (Pratt, juge de district).

Tribunal d'instance de Bow Street, *Re Bo Xilai*, 8 novembre 2005, *International Law Reports*, vol. 128, p. 713 à 715.

Tribunal du banc de la Reine (tribunal divisionnaire), *R (on the application of Diepreye Solomon Peter Alamiyeseigha) v. The Crown Prosecution Service*, arrêt du 25 novembre 2005.

États-Unis

Cour suprême, *The Schooner "Exchange" v. McFaddon*, 11 U.S. 116 (1812).

Cour suprême, *Hilton v. Guyot* (1895), 159 U.S. 113, 16 S.Ct.139, 143 L.Ed. 95.

Cour suprême, *Underhill v. Hernandez*, 29 novembre 1897, 168 U.S. 250.

Cour suprême, *Republic of Mexico v. Hoffman*, 5 février 1945, 324 U.S. 30.

Cour suprême, *In re Yamashita*, 4 février 1946, 327 U.S. 1, 66 S. Ct. 340.

Cour suprême, *Argentine Republic v. Amerada Hess Shipping Corporation*, arrêt du 23 janvier 1989, 488 U.S. 428.

Cour d'appel du deuxième circuit, *Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino*, 6 juillet 1962, 307F 2d 845.

Cour d'appel du cinquième circuit, *Marcos Perez Jimenez, Appellant v. Manuel Aristeguieta, Intervenor, Appellee, and John E. Maguire, Appellee*, 12 décembre 1962, 311 F.2d 547, *International Law Reports*, vol. 33, p. 353 à 359.

Cour d'appel du deuxième circuit, *Libra Bank Ltd. v. Banco Nacional de Costa Rica, S.A.*, arrêt du 12 avril 1982, 676 F.2d 47.

Cour d'appel du deuxième circuit, *S & S Machinery Co. v. Masinexportimport*, arrêt du 26 avril 1983, 706 F.2d 411.

Cour d'appel du deuxième circuit, *O'Connell Machinery Company, Inc. v. M.V. « Americana » and Italia Di Navigazione, S.p.A.*, arrêt du 4 mai 1984, 734 F.2d 115.

Cour d'appel du deuxième circuit, *Republic of the Philippines v. Marcos and others*, 26 novembre 1986, 806 F.2d 344 (1986), p. 360, *International Law Reports*, vol. 81, p. 581 à 599.

Cour d'appel du quatrième circuit, *In re Grand Jury Proceedings, Doe No. 700*, 817 F.2d 1108, arrêt du 5 mai 1987, *International Law Reports*, vol. 81, p. 599 à 604.

Cour d'appel du deuxième circuit, *In re Doe*, arrêt du 19 octobre 1988, 860 F.2d 40.

Cour d'appel de l'État de New York, *Lasidi, S.A. v. Financiera Avenida, S.A.*, arrêt du 28 mars 1989, 538 N.E.2d 332.

Cour d'appel du circuit du district de Columbia, *Saltany v. Reagan*, 29 septembre 1989, 886 F.2d 438, *International Law Reports*, vol. 80, p. 19 à 21.

Cour d'appel du neuvième circuit, *Chuidian v. Philippine National Bank*, 912 F.2d 1095 (9th Cir. 1990), *International Law Reports*, vol. 92, p. 480 à 493.

Cour d'appel du neuvième circuit, *Siderman de Blake v. Republic of Argentina* (1992), 965 F.2d 699.

Cour d'appel du circuit du district de Columbia, *Princz v. Federal Republic of Germany*, 1994, 26 F.3d 1166.

Cour d'appel du neuvième circuit, *In re Estate of Ferdinand Marcos, Human Rights Litigation. Maximo Hilao et al., Class Plaintiffs; Vicente Clemente et al., Class Plaintiffs; Jaime Piopongco et al., Class Plaintiffs. Plaintiffs-Appellees v. Estate of Ferdinand Marcos, Defendant-Appellant*, 16 juin 1994, 25 F.3d 1467, *International Law Reports*, vol. 104, p. 119 à 133.

Cour d'appel du deuxième circuit, *Kadić v. Karadžić*, arrêt du 13 octobre 1995, 70 F.3d 232.

Cour d'appel du onzième circuit, *United States of America v. Noriega*, 7 juillet 1997, 117 F.3d 1206 (1997), *International Law Reports*, p. 591 à 599.

Cour d'appel du cinquième circuit, *Byrd v. Corporación Forestal y Industrial de Olancho S.A.*, arrêt du 10 août 1999, 182 F.3d 380.

Cour d'appel du circuit du district de Columbia, *Hwang Geum Joo et al. v. Japan*, arrêt du 27 juin 2003, 332 F.3d 679.

Cour d'appel du septième circuit, *Wei Ye, Hao Wang, Does A, B, C, D, E, F, and others similarly situated v. Zemin*, arrêt du 8 septembre 2004, 383 F.3d 620.

Cour d'appel du circuit du district de Columbia, *Ali Saadallah Belhas et al., Appellants v. Moshe Ya'alon, Former Head of Army Intelligence Israel, Appellee*, n° 07-7009, 15 février 2008.

Tribunal du premier circuit (État de Hawaï), *Chong Boon Kim v. Kim Yong Shik and David Kim*, Civil action No. 12565, jugement du 9 septembre 1963, *American Journal of International Law*, vol. 58 (1964), p. 186 et 187.

Tribunal du district nord de l'Ohio (division est), *Kilroy v. Windsor*, Civ. No. C-78-291, 1978, *International Law Reports*, vol. 81, p. 605 à 607.

Tribunal du district sud de New York, *Electronic Data Systems Corp. v. Social Security Organization of the Government of Iran*, décision du 23 mai 1979, avec renvoi, 610 F.2d 94 (2d Cir. 1979).

Tribunal du district sud de New York, *Reading & Bates Drilling Co. v. National Iranian Oil Co.*, décision du 29 novembre 1979, 478 F.Supp. 724.

Tribunal de district du New Jersey, *Behring International, Inc. v. Imperial Iranian Air Force* (1979), 475 F.Supp. 383.

Tribunal du district nord du Texas, *E-Systems, Inc. v. Islamic Republic of Iran*, 491 F.Supp. 1294, 1980.

Tribunal du district sud de New York, *New England Merchants National Bank v. Iran Power Generation & Transmission Co.*, 502 F.Supp. 120, 1980, avec renvoi, 646 F.2d 779 (2d Cir. 1981).

Tribunal du district central de Californie, *Security Pacific National Bank v. Iran*, 1981, 513 F.Supp. 864.

Tribunal du district sud de New York, *Mueller v. Diggelman*, n° 82 Civ. 5513, 13 mai 1983, 1983 WL 25419.

Tribunal du district central de Californie, *Gerritsen v. de la Madrid, Slip Opinion of 5 February 1986*, n° CV-85-5020-PAR.

Tribunal du district ouest de Washington, *Domingo v. Republic of Philippines*, jugement du 26 janvier 1987, 808 F.2d 1349.

Tribunal du district nord de Californie, *Republic of Philippines v. Marcos*, jugement du 11 février 1987, 665 F.Supp. 793.

Tribunal du district de Columbia, *Farag M. Mohammed Saltany v. Reagan*, jugement du 23 décembre 1988, 702 F.Supp. 319.

Tribunal du district Ouest de Washington, *Domingo v. Republic of the Philippines*, jugement du 29 août 1988, 694 F.Supp. 782.

Tribunal du district Sud de la Floride, *United States of America, Plaintiff v. Manuel Antonio Noriega et al., Defendants*, ordonnance générale du 8 juin 1990, 746 F.Supp. 1506, *International Law Reports*, vol. 99, p. 151 à 183.

Tribunal du district sud de la Floride, *Paul v. Avril*, jugement du 14 janvier 1993, 812 F.Supp. 207.

Tribunal du district Est de New York, *Lafontant v. Aristide*, 844 F.Supp. 128, jugement du 27 janvier 1994, *International Law Reports*, vol. 103, p. 581 à 593.

Tribunal du district du Massachusetts, *Teresa Xuncax et al., Plaintiffs v. Hector Gramajo, Defendant*, 12 avril 1995, 886 F.Supp. 162.

Tribunal du district sud de New York, *ICC Chemical Corporation v. The Industrial and Commercial Bank of China*, jugement du 9 mai 1995, 886 F.Supp. 1.

Tribunal du district du Massachusetts, *Dianna Ortiz, Plaintiff v. Hector Gramajo, Defendant*, 15 avril 1995, 886 F.Supp. 162.

Tribunal du district sud de New York, *Bawol Cabiri, Plaintiff v. Baffour Assasie-Gyimah, Defendant*, 18 avril 1996, 921 F.Supp. 1189.

Tribunal de district du district de Columbia, *First Am. Corp. v. Al-Nahyan*, jugement du 26 novembre 1996, 948 F.Supp. 1107.

Tribunal de district du district de Columbia, *Jungquist v. Sheikh Sultan Bin Khalifa al Nahyan*, jugement du 20 septembre 1996, 940 F.Supp. 312 (1996), *International Law Reports*, vol. 113, p. 522 à 533.

Tribunal de district du district de Columbia, *Flatow v. Islamic Republic of Iran*, 76 F.Supp.2d 28 (D.D.C. 1999).

Tribunal du district sud de New York, *Tachiona v. Mugabe* (« Tachiona I »), jugement du 30 octobre 2001, 169 F.Supp.2d 259.

Tribunal du district nord de l'Illinois (division est), *Plaintiff A, B, C, D, E, F, and Others Similarly Situated, Wei Ye, and Hao Wang, Plaintiffs v. Jiang Zemin and Falun Gong Control Office (A.K.A. Office 6/10), Defendants*, n° 02 C7530, 12 septembre 2003, 282 F.Supp.2d 875, extrait reproduit dans *American Journal of International Law*, vol. 97, 2003, p. 977.

Tribunal du district nord de Californie, *Plaintiff A, et al., Plaintiffs v. Xia Deren, et Liu Qi, Defendants*, n° C 02-0672 CW et C 02-0695 CW, jugement du 8 décembre 2004, 349 F.Supp.2d 1258.

Tribunal du district sud de New York, *Ra'Ed Mohamad Ibrahim Matar, et al., Plaintiffs v. Avraham Dichter, former Director of Israel's General Security Service, Defendant*, 2 mai 2007, 500 F.Supp.2d 284.

« Supreme Court » de l'État de New York (juridiction de première instance), *Hatch v. Baez*, 1876, 7 Hun. 596.

« Supreme Court » de l'État de New York (juridiction de première instance) du comté de New York, *Kline v. Kaneko*, jugement du 31 octobre 1988, 141 Misc.2d 787.

VI. Institutions universitaires

A. Institut de droit international

« Compétence des tribunaux dans les procès contre les États et souverains étrangers », *Annuaire de l'Institut de droit international* (1891), p. 408 à 438.

« L'immunité de juridiction et d'exécution forcée des États étrangers », in Institut de droit international, *Tableau général des résolutions, 1873-1956* (Bâle, 1957), p. 14 à 18.

Résolution relative aux immunités de juridiction et d'exécution du chef d'État et de gouvernement en droit international adoptée en 2001 par l'Institut de droit international à sa session de Vancouver, *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 69 (2000-2001), p. 742 à 755.

Résolution relative à la compétence universelle en matière pénale à l'égard du crime de génocide, des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre adoptée en 2005 par l'Institut de droit international à sa session de Cracovie, *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 71, parties I et II, p. 296 à 301.

« Les immunités de juridiction et d'exécution du chef d'État et de gouvernement en droit international » (« Rapport provisoire »), Joe Verhoeven, rapporteur, *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 69 (2000-2001), p. 441 à 709.

B. Association de droit international

Projet de Statut de la Cour pénale internationale, tel qu'amendé par le Comité sur la Cour permanente internationale criminelle de l'Association de droit international, *Report of the Thirty-fourth Conference (Vienna, August 5th to 11th 1926)* (1927), p. 106 à 225.

Comité des normes et pratiques internationales relatives aux droits de l'homme, « Final Report on the Exercise of Universal Jurisdiction in Respect of Gross Human Rights Offences », *Report of the Sixty-ninth Conference (London, July 25th to 29th 2000)* (2000), p. 403-431.

C. American Law Institute

Restatement of the Law: the Foreign Relations Law of the United States (3^e éd.) (1987).

D. Université Harvard

Harvard Research in International Law, « Competence of Courts in regard to Foreign States », *American Journal of International Law*, vol. 26 (Supplément) (1932), p. 451 à 649.

Harvard Research in International Law, « Study on Jurisdiction with respect to crime, Draft convention with respect to crime », *American Journal of International Law*, vol. 29 (Supplément) (1935), p. 435 à 651.

E. Université de Princeton

Princeton University Program in Law and Public Affairs, Principes de Princeton sur la compétence universelle, 2001, disponible en anglais à l'adresse : <http://www1.umn.edu/humanrts/instree/princeton.html>.

F. Institutions diverses

Projet de statut d'une Cour criminelle internationale (Projet de Syracuse), établi par un comité d'experts constitué par l'Association internationale de droit pénal, l'Institut supérieur international des sciences criminelles et l'Institut Max Planck de droit pénal international comparé (Syracuse-Fribourg-Chicago, 31 juillet 1995).

VII. Organisations non gouvernementales

Amnesty International, « United Kingdom: The Pinochet Case. Universal Jurisdiction and the Absence of Immunity for Crimes Against Humanity » (Royaume-Uni. L'affaire Pinochet. Juridiction universelle et absence d'immunité pour les crimes contre l'humanité) (1^{er} janvier 1999), p. 16 à 25.

VIII. Publications

A. Monographies

Abi-Saab, Georges, *Les exceptions préliminaires dans la procédure de la Cour internationale* (Paris, Pedone, 1967).

Ascensio, Hervé, Decaux, Emmanuel et Pellet, Alain (dir. publ.), *Droit international pénal* (Paris, Pedone, 2000).

Bankas, Ernest K., *The State Immunity Controversy in International Law: Private Suits Against Sovereign States in Domestic Courts* (Heidelberg/Berlin, Springer, 2005).

Bassiouni, Cherif, *Introduction au droit pénal international* (Bruxelles, Bruylant, 2002).

Borghi, Alvaro, *L'immunité des dirigeants politiques en droit international* (Genève, Helbing & Lichtenhahn, 2003).

Bojic, Mirella, « Immunity of High State Representatives with regard to International Crimes: are Heads of State, Heads of Government and Foreign Ministers still Untouchable? », mémoire de maîtrise, faculté de droit de l'Université de Lund, 2005.

Brohmer, J., *State Immunity and the Violation of Human Rights* (La Haye, Kluwer Law International, 1997).

Brownlie, Ian, *Principles of Public International Law*, 6^e éd. (Oxford et New York, Oxford University Press, 2003).

Burlamaqui, Jean-Jacques, *Principes du droit de la nature et des gens, et du droit public général*, nouvelle édition contenant les principes du droit naturel (1747), les éléments du droit naturel, et les principes du droit politique (1751), avec les additions et les notes du professeur Félice (Paris, Janet et Cotellet, 1821).

Buzzini, Gionata P., *Le droit international général au travers et au-delà de la coutume. Essai de conceptualisation d'une réalité aux contours fluctuants*, thèse de doctorat n° 741, Université de Genève (Institut universitaire de hautes études internationales), 2007.

Bynkershoek, Cornelius van, *De Foro Legatorum Liber Singularis*, sous la direction de James Brown Scott (avec une introduction de Jan de Louter, un fac-similé du texte de 1744 accompagné d'une traduction par Gordon J. Laing et une liste d'errata et d'index) (Londres, Oxford University Press, 1946).

Cahier, Philippe, *Le droit diplomatique contemporain* (Paris, Droz, 1962).

Cassese, Antonio, *International Criminal Law* (Oxford, Oxford University Press, 2003).

Cassese, Antonio et Delmas-Marty, Mireille, *Juridictions nationales et crimes internationaux* (Paris, Presses universitaires de France, 2002).

Conforti, Benedetto, *Diritto internazionale*, 3^e éd. (Naples, Editoriale Scientifica, 1987).

David, Eric, *Éléments de droit pénal international* (Bruxelles, Presses universitaires de Bruxelles, 1997-1998).

Giuliano, Mario, Scovazzi, Tullio et Treves, Tullio, *Diritto internazionale*, vol. II, 2^e éd. (Milan, Giuffrè, 1983).

Green, N. A. Maryan, *International Law* (Bath Press, Avon, Pitman Publishing, 1987).

Grotius, *Le droit de la guerre et de la paix*, t. 2, chap. XXI, sect. 4, traduction de Jean Barbeyrac (Caen, Centre de philosophie politique et juridique, Université de Caen, 1984).

Hall, William Edward, *A Treatise on International Law*, sous la direction de A. Pearce Higgins, 8^e éd., (Clarendon, Oxford University Press, Humphrey Milford Publisher to the University, 1924).

Harris, D. J., *Cases and Materials on International Law*, 5^e éd. (Londres, Sweet et Maxwell, 1998).

Jennings, Robert et Watts, Arthur (dir. publ.), *Oppenheim's International Law*, 9^e éd. (Londres et New York, Longman, 1992).

Kelsen, Hans, *Principles of International Law* (New York, Holt, Rinehart and Winston, 1952).

Kittichaisaree, Kriangsak, *International Criminal Law* (New York, Oxford University Press, 2001).

Knoops, Geert-Jan Alexander, *Defences in Contemporary International Criminal Law* (Ardsey, New York, Transnational Publishers, 2001).

Kofele-Kale, Ndiva, *International Law of Responsibility for Economic Crimes: Holding Heads of State and Other High Ranking State Officials Individually Liable for Acts of Fraudulent Enrichment* (La Haye-Boston, Massachusetts, Kluwer Law International, 1995).

Morelli, Gaetano, *Nozioni di diritto internazionale*, 7^e éd. (Padoue, CEDAM, 1967).

Oliver, Covey T., Firmage, Edwin B., Blakesley, Christopher L., Scott, Richard F. et Williams, Sharon A., *The International Legal System: Cases and Materials* (Westbury, New York, Foundation Press, 1995).

- Phillimore, Robert, *Commentaries upon International Law*, 2^e éd. (Philadelphie, T & J. W. Johnson, 1871).
- Przetacznik, Franciszek, *Protection of Officials of Foreign States According to International Law* (La Haye-Boston-Londres, Martinus Nijhoff Publishers, 1983).
- Robertson, Geoffrey, *Crimes against Humanity: The Struggle for Global Justice* (Londres, Allen Lane, The Penguin Press, 1999).
- Rousseau, Charles, *Droit international public*, t. IV, « Les relations internationales » (Paris, Sirey, 1980).
- Salmon, Jean, *Manuel de droit diplomatique* (Bruxelles, Bruylant, 1994).
- Satow, Ernest M., *Satow's Guide to Diplomatic Practice*, Lord Gore-Booth (dir. publ.), 5^e éd. (Londres, Longmans Green, 1979).
- Shaw, Malcolm N., *International Law*, 5^e éd. (Cambridge, Cambridge University Press, 2003).
- Shelton, Dinah, *Remedies in International Human Rights Law* (New York, Oxford University Press, 1999).
- Simbeye, Yitiya, *Immunity and International Criminal Law* (Aldershot, Ashgate, 2004).
- Société française pour le droit international, *Colloque de Clermont-Ferrand : le Chef d'État et le droit international* (Paris, Pedone, 2002).
- Talmon, Stefan, *Recognition of Governments in International Law: With Particular Reference to Governments in Exile* (Oxford, Clarendon Press, 1998).
- Triffterer, Otto (dir. publ.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observer's Notes, Article by Article* (Baden-Baden (Allemagne), Nomos, 1999).
- Vattel, Emmerich de, *Le droit des gens ou Principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, t. 1 et 2 (Londres, s.n., 1758), disponible en version électronique à l'adresse suivante : <http://gallica2.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k865729>.
- Verdross, Alfred, et Simma, Bruno, *Universelles Völkerrecht*, 3^e éd. (Berlin, Duncker und Humblot, 1984).
- Westlake, John, *International Law* (Cambridge, Cambridge University Press, 1904).
- Wheaton, Henry, *Elements of International Law* (reproduction littérale de l'édition de 1866 par Richard Henry Dana, Jr., éditée et annotée par George Grafton Wilson) (Oxford, Clarendon Press, Londres, Humphrey Milford, 1936).

B. Articles

- Akande, Dapo, « Immunity of High State Representatives with regard to International Crimes: are Heads of State, Heads of Government and Foreign Ministers still Untouchable? », *The American Journal of International Law*, vol. 98 (2004), p. 407 à 433.

Akehurst, Michael, « Jurisdiction in International Law », *British Year Book of International Law*, vol. 46 (1972-1973), p. 145 à 217.

Allott, Philip, « The Courts and the Executive: Four House of Lords Decisions », *Cambridge Law Journal*, vol. 36 (1977), p. 255 à 283.

Ambos, Kai, « Impunity and International Criminal Law: A Case Study on Colombia, Peru, Bolivia, Chile and Argentina », *Human Rights Law Journal*, vol. 18 (1997), p. 1 à 15.

Baker, Bruce, « Twilight of Impunity for Africa's Presidential Criminals », *Third World Quarterly*, vol. 25 (2004), p. 1487 à 1499.

Barker, J. Craig, « State immunity, Diplomatic Immunity and Act of State: A Triple Protection Against Legal Action? », *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 47 (1998), p. 950 à 958.

Bass, Peter Evan, « Note: Ex-Head of State Immunity: A Proposed Statutory Tool of Foreign Policy », *Yale Law Journal*, vol. 97 (1987), p. 299 à 319.

Bianchi, Andrea, « Denying State Immunity to Violators of Human Rights », *Austrian Journal of Public and International Law*, vol. 46 (1994), p. 195 à 229.

Bianchi, Andrea, « Immunity versus Human Rights: The Pinochet Case », *European Journal of International Law*, vol. 10 (1999), p. 237 à 277.

Bianchi, Andrea, « Serious Violations of Human Rights and Foreign States' Accountability Before Municipal Courts », in *Man's Inhumanity to Man. Essays on International Law in Honour of Antonio Cassese* (La Haye-Londres-NewYork, Kluwer Law International, 2003), p. 149 à 181.

Bianchi Andrea, « Ferrini c. Repubblica federale di Germania (Italian Court of Cassation; Judgment of 11 March 2004); a Comment », *American Journal of International Law*, vol. 99 (2005), p. 242 à 248.

Boister, N. et Burchill R., « The Implications of the Pinochet Decisions for the Extradition or Prosecution of Former South African Heads of State for Crimes Committed Under Apartheid », *Revue Africaine de droit international et comparé/African Journal of International and Comparative Law*, vol. 11 (1999), p. 619 à 637.

Bothe, Michael, « Die Strafrechtliche Immunität fremder Staatsorgane », *Zeitschrift für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 31 (1971), p. 246 à 269.

Boutruche, Théo, « L'affaire Pinochet ou l'internationalisation balbutiante de la justice », *L'Observateur des Nations Unies*, vol. 6 (1999), p. 77 à 103.

Bowett, D.W., « Jurisdiction: Changing Patterns of Authority over Activities and Resources », in Charlotte Ku et Paul F. Diehl (dir. publ.), *International Law: Classic and Contemporary Readings* (Colorado et Londres, Lynne Rienner Publishers Inc, 1998), p. 210-217.

Brown, Jonathan, « Diplomatic Immunity: State Practice under the Vienna Convention on Diplomatic Relations », *International and Comparative Law Quarterly*, 1988 (vol. 37), p. 53 à 88.

Bullier, Antoine J., « Y a-t-il encore une immunité pour les chefs d'État et chefs de guerre en Afrique? », *Afrique contemporaine*, vol. 194 (2000), p. 47 à 51.

Caffisch, Lucius, « Immunité de juridiction et respect des droits de l'homme », in Boisson de Chazournes Laurence et Gowlland-Debbas Vera (dir. publ.), *The International Legal System in Quest of Equity and Universality, Liber Amicorum Georges Abi-Saab* (La Haye-Londres-Boston, Kluwer, 2001), p. 651 à 676.

Callan, E., « In re Mr. and Mrs. Doe: witnesses before the grand jury and the head of state immunity doctrine », *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 22 (1989), p. 117 à 139.

Caplan, Lee M., « State Immunity, Human Rights, and *Jus cogens*: A Critique of the Normative Hierarchy Theory », *The American Journal of International Law*, vol. 97 (2003), p. 741 à 781.

Cara, Jean-Yves de, « L'affaire Pinochet devant la Chambre des Lords », *Annuaire français de droit international*, vol. 45 (1999), p. 72 à 100.

Casey, L. A. et Rivkin, D. B., « The New York University – University of Virginia Conference on Exploring the Limits of International Law: The Limits of Legitimacy: The Rome Statute's Unlawful Application to Non-State Parties », *Virginia Journal of International Law*, vol. 44 (2003-2004), p. 63 à 89.

Cassese, Antonio, « Immunities », in *International Criminal Law* (Oxford, Oxford University Press, 2003), p. 264 à 274.

Cassese, Antonio, « Peut-on poursuivre des hauts dirigeants des États pour des crimes internationaux? À propos de l'affaire *Congo c. Belgique* (C.I.J.) », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, vol. 3 (2002), p. 479 à 500.

Cassese, Antonio, « When May Senior State Officials be Tried for International Crimes? Some Comments on *The Congo v. Belgium Case* », *European Journal of International Law*, vol. 13 (2002), pp. 853 à 875.

Carrasco, Márquez, del Carmen, María, et Alcaide Fernández, Joaquín, « In Re Pinochet », *The American Journal of International Law*, vol. 93 (1999), p. 690 à 696.

Cosnard, Michel, « Les immunités du chef d'État » in *Le chef d'État et le droit international, Société française pour le droit international, Colloque de Clermont-Ferrand* (Paris, Pedone, 2002), p. 189 à 268.

Cosnard, Michel, « Quelques observations sur les décisions de la Chambre des Lords du 25 novembre 1998 et du 24 mars 1999 dans l'affaire Pinochet », *Revue générale de droit international public*, vol. 104 (1999), p. 309 à 328.

Cot, Jean-Pierre, « Éloge de l'indécision, la Cour et la compétence universelle », *Revue belge de droit international*, vol. 35 (2002), p. 546 à 553.

Danilenko, G. M., « The Statute of the International Criminal Court and Third States », *Michigan Journal of International Law*, vol. 21 (2000), p. 445 à 494.

Day, Adam, « Crimes against Humanity as a Nexus of Individual and State Responsibility: Why the ICJ Got *Belgium v. Congo* Wrong », *Berkeley Journal of International Law*, vol. 22 (2004), p. 489 à 512.

Defarges, Ph. M., « Punir les tyrans », *Défense nationale*, vol. 55 (1999), p. 46 à 54.

De Kerchove d'Exaëdre, François, « Quelques questions en droit international public relatives à la présence et à l'activité du Gouvernement belge en exil à

Londres (octobre 1940-septembre 1944), *Revue belge de droit international*, vol. 23 (1990), p. 93 à 151.

Dellapenna, J. W., « Head-of-state immunity – Foreign Sovereign Immunities Act – Suggestion by the Department of State », *The American Journal of International Law*, vol. 88 (1994), p. 528 à 532.

De Sena, Pasquale, « Immunity of State Organs and Defence of Superior Orders as an Obstacle to the Domestic Enforcement of International Human Rights », in Conforti Benedetto et Francioni Francesco (dir. publ.), *Enforcing International Human Rights in Domestic Courts* (La Haye, Martinus Nijhoff Publishers, 1997), p. 367 à 403.

De Sena, Pasquale, « Italian practice relating to International Law. Judicial decisions », *Italian Yearbook of International Law*, vol. VIII (1988-1992), p. 43 à 57.

De Smet, Leen et Naert, Frederik, « Making or breaking international law? An international law analysis of Belgium's act concerning the punishment of grave breaches of international humanitarian law », *Revue belge de droit international*, vol. 35 (2002), p. 471 à 511.

De Smet, S., « The Immunity of Heads of States in US Courts after the Decision of the International Court of Justice », *Nordic Journal of International Law*, vol. 72 (2003), p. 313 à 339.

Dinstein, Yoram, « Diplomatic Immunity from Jurisdiction *Ratione Materiae* », *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 15 (1966), p. 76 à 89.

Dominicé, Christian, « Quelques observations sur l'immunité de juridiction pénale de l'ancien chef d'État », *Revue générale de droit international public*, vol. 103 (1999), p. 297 à 308.

Du Plessis, Max et Bosch, Shannon, « Immunities and Universal Jurisdiction – The World Court Steps In (or On?) », *South African Yearbook of International Law*, vol. 28 (2003), p. 246 à 262.

Dubber, Markus Dirk, « Comparative Criminal Law », in Mathias Reimann et Reinhard Zimmermann, *The Oxford Handbook of Comparative Law* (New York, Oxford University Press, 2006), p. 1287 à 1325.

Dupuy, Pierre-Marie, « Crimes et immunités, ou dans quelle mesure la nature des premiers empêche l'exercice des secondes », *Revue générale de droit international public*, vol. 103 (1999), p. 289 à 295.

Fenet, Alain, « La responsabilité pénale internationale du chef d'État », *Revue générale de droit*, vol. 32 (2002), p. 585 à 615.

Fitzgerald, Amber, « The Pinochet Case: Head of State Immunity Within the United States », *Whittier Law Review*, vol. 22 (2001), p. 987 à 1028.

Flauss, Jean-François, « Droit des immunités et protection internationale des droits de l'homme », *Revue suisse de droit international et de droit européen* (2000), p. 299 à 324.

Focarelli, Carlo, « I limiti dello jus cogens nella giurisprudenza più recente », *Rivista di diritto internazionale*, vol. 90 (2007), p. 637 à 656.

Fox, Hazel, « International Law and Restraints on the exercise of jurisdiction by national courts of States », in Malcolm D. Evans (dir. publ.), *International Law*, 2^e éd. (Oxford University Press, 2006), p. 361 à 394.

Fox, Hazel, « Shorter Articles, Comments and Notes – The Resolution of the Institute of International Law on the Immunities of Heads of State and Government », *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 51 (2002), p. 119 à 125.

Fox, Hazel, « Some Aspects of Immunity from Criminal Jurisdiction of the State and its Officials: The Blaskic case », in L. C. Vohrah, F. Pocar et al., *Man's Inhumanity to Man: Essays in International Law in Honour of Antonio Cassese* (La Haye, Kluwer International Law, 2003), p. 297 à 307.

Fox, Hazel, « The First Pinochet Case: Immunity of a Former Head of State », *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 48 (1999), p. 207 à 216.

Fox, Hazel, « The Pinochet Case n° 3 », *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 48 (1999), p. 687 à 702.

Gaeta, Paola, « Extraordinary renditions e immunità dalla giurisdizione penale degli agenti di Stati esteri: il caso *Abu Omar* », *Rivista di diritto internazionale*, vol. 89 (2006), p. 126 à 130.

Gaeta, Paola, « Official Capacity and Immunities » in Antonio Cassese, Paola Gaeta et al. (dir. publ.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, vol. I (New York et Oxford, Oxford University Press, 2002), p. 975 à 1002.

Gaeta, Paola, « *Ratione Materiae* Immunities of Former Heads of State and International Crimes: the *Hissène Habré Case* », *Journal of International Criminal Justice*, vol. 1 (2003-1), p. 186 à 196.

Garnett, R. L., « State Immunity Triumphs in the European Court of Human Rights », *Law Quarterly Review*, vol. 118 (2002), p. 367 à 373.

George, Shobha Varughese, « Head of State immunity in the United States courts: Still confused after all these years », *Fordham Law Review*, vol. 64 (1995), p. 1051 à 1088.

Grosscup, Scott, « The Trial of Slobodan Milosevic: The Demise of Head of State Immunity and The Specter of Victor's Justice », *Denver Journal of International Law and Policy*, vol. 32 (2004), p. 355 à 381.

Henkin, Louis, « Act of State today: Recollections in Tranquility », *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 6 (1967), p. 175 à 189.

Henzelin, Marc, « L'immunité pénale des chefs d'État en matière financière. Vers une exception pour les actes de pillage de ressources et de corruption? », *Revue suisse de droit international et de droit européen* (2002), p. 179 à 212.

Hickey, C., « The dictator, drugs and diplomacy by indictment: head of state immunity in *US v. Noriega* », *Connecticut Journal of International Law*, vol. 4 (1989), p. 729 à 765.

Hopkins, John, « Former Head of Foreign State – Extradition – Immunity », *Cambridge Law Journal*, vol. 58 (1999), p. 461 à 465.

- Hopkins, John, « Immunity – Head of Foreign State », *Cambridge Law Journal*, vol. 57 (1998), p. 4 à 6.
- Hopkins, Kevin, « The International Court of Justice and the Question of Sovereign Immunity: Why the *Yerodia* case is an Unfortunate Ruling for the Development of Public International Law », *South African Yearbook of International Law*, vol. 27 (2002), p. 256 à 263.
- Jackson, Vicky C., « Suing the Federal Government: sovereignty, immunity, and judicial independence », *George Washington International Law Reports*, vol. 35 (2003), p. 521 à 609.
- Jennings, Robert Y., « The *Caroline* and *McLeod* Cases », *American Journal of International Law*, vol. 32 (1938), p. 82 à 99.
- Kahale, George et Vega, Matias A., « Immunity and Jurisdiction: Toward a Uniform Body of Law in Actions against Foreign States », *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 18 (1979-1980), p. 211 à 258.
- Kamto, Maurice, « Une troublante “Immunité totale” du Ministre des affaires étrangères », *Revue belge de droit international*, vol. 35 (2002), p. 518 à 530.
- Kelsen, Hans, « Collective and individual responsibility in International Law with particular regard to punishment of war criminals », *California Law Review*, vol. 31 (1942-1943), p. 530 à 571.
- Kerchove d’Exaendre, François de, « Quelques questions en droit international public relatives à la présence et à l’activité du Gouvernement belge en exil à Londres (octobre 1940-septembre 1944) », *Revue belge de droit international*, vol. 23 (1990), p. 93 à 151.
- Kessedjian, Catherine, « Immunités », *Répertoire Dalloz, Droit international*, 2^e éd. (1998), n° 46.
- Klingberg, Vanessa, « (Former) Heads of State before international(ized) criminal courts: The case of Charles Taylor before the Special Court for Sierra Leone », *German Yearbook of International Law*, vol. 46 (2003), p. 537 à 564.
- Koivu, Virpi, « Head-of-State Immunity v. Individual Criminal Responsibility under International Law », *Finnish Yearbook of International Law*, vol. XII (2001), p. 305 à 330.
- Koller, David S., « Immunities of Foreign Ministers: Paragraph 61 of the *Yerodia* Judgment As It Pertains to the Security Council and the International Criminal Court », *American University International Law Reports*, vol. 20 (2004), p. 7 à 42.
- Labuschagne, J.M.T., « Diplomatic Immunity: A Jurisdictional or Substantive-law Defence? », *South African Yearbook of International Law*, vol. 27 (2002), p. 291 à 295.
- Lansing, Paul et Perry, Julie King, « Should Former Government Leaders Be Subject to Prosecution After Their Term in Office? The Case of South African President P.W. Botha », *California Western International Law Journal*, vol. 30 (1999), p. 91 à 115.
- Lauterpacht, Hersch, « The Problem of Jurisdictional Immunities of Foreign States », *British Year Book of International Law*, vol. 28 (1951), p. 220 à 272.

Lloyd Jones, David, « Article 6 ECHR and Immunities Arising in Public International Law », *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 52 (2003), p. 463 à 472.

Lowe, Vaughan, « Jurisdiction », in Malcolm D. Evans (dir. publ.), *International Law*, 2^e éd. (Oxford University Press, 2006), p. 335 à 360.

Mallory, Jerrold L., « Resolving the Confusion Over Head of State immunity: The Defined Rights of Kings », *Columbia Law Review*, vol. 86 (1986), p. 169 à 197.

Mangu, André M. B., « Immunities of Heads of State and Government: A comment on the Indictment of Liberia's President Charles Taylor by the Special Court for Sierra Leone and the Reaction of the Ghanaian Government », *South African Yearbook of International Law*, vol. 28 (2003), p. 238 à 245.

Mann, Frederik Alexander, « The Doctrine of Jurisdiction in International Law », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. 111 (1964-I), p. 1 à 162.

Mann, Frederik Alexander, « The Doctrine of Jurisdiction in International Law Revisited after Twenty Years », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. 186 (1984-III), p. 9 à 116.

McLachlan, Campbell, « Pinochet Revisited », *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 51 (2002), p. 959 à 966.

McLachlan, Campbell, « The Influence of International Law on Civil Jurisdiction », *Hague Yearbook of International Law*, vol. 6 (1993), p. 125 à 144.

Mitchell, Andrew D., « Leave Your Hat On? Head of State Immunity and Pinochet », *Monash University Law Review*, vol. 25 (1999), p. 225 à 256.

Murphy, Sean D. (dir. publ.), « Contemporary Practice of the United States Relating to International Law », *The American Journal of International Law*, vol. 95 (2001), p. 873 à 877.

Murphy, Sean D., « Head-of-State Immunity for Former Chinese President Jiang Zemin », *The American Journal of International Law*, vol. 97 (2003), p. 974 à 977.

Neier, Aryeh, « Accountability for State Crimes: The Past Twenty Years and the Next Twenty Years », *Case Western Reserve Journal of International Law*, vol. 35 (2003), p. 351 à 362.

Nicholls, Clive, « Reflections on Pinochet », *Virginia Journal of International Law*, vol. 41 (2000), p. 140 à 151.

O'Neill, Kerry Creque, « A New Customary Law of Head of State Immunity? Hirohito and Pinochet », *Stanford Journal of International Law*, vol. 38 (2002), p. 289 à 317.

Orrego Vicuña, Francisco, « Diplomatic and Consular Immunities and Human Rights », *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 40 (1991), p. 34 à 48.

Penrose, Mary Margaret, « It's Good to Be the King!: Prosecuting Heads of State and Former Heads of State Under International Law », *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 39 (2000), p. 193 à 220.

Pierson, Charles, « Pinochet and the End of Immunity: England's House of Lords Holds that a Former Head of State is Not Immune for Torture », *Temple International and Comparative Law Journal*, vol. 14 (2000), p. 263 à 326.

Prost, Kimberly et Schlunck, Angelika, « Article 98 » in Otto Triffterer (dir. publ.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court* (Baden-Baden (Allemagne), Nomos, 1999), p. 1131 à 1133.

Prouvèze, Rémy, « L'affaire relative au mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (*République démocratique du Congo c. Belgique*) : Quelle contribution de la Cour internationale de Justice au droit international pénal? », *L'Observateur des Nations Unies*, n° 12 (2002), p. 285 à 309.

Prouvèze, Rémy, « Les tribunaux pénaux internationaux à l'aube du XXI^e siècle : L'affaire Milosevic ou la difficile recherche d'un véritable rôle de juridiction pénale internationale », *L'Observateur des Nations Unies*, n° 11 (2001), p. 201 à 221.

Przetacznik, Franciszek, « Basic principles of International Law concerning the protection of officials of foreign States », *Revue de droit international, de sciences diplomatiques et politiques*, vol. 69 (1991), p. 51 à 81.

Rau, Markus, « After *Pinochet*: Foreign Sovereign Immunity in Respect of Serious Human Rights Violations – The Decisions of the European Court of Human Rights in *Al-Adsani* Case », *German Law Journal*, vol. 3 (2002).

Rodley, Nigel S., « Breaking the Cycle of Impunity for Gross Violations of Human Rights: The Pinochet Case in Perspective », *Nordic Journal of International Law*, vol. 69 (2000), p. 11 à 26.

Saland, Per, « International Criminal Law Principles », in Roy S. Lee (dir. publ.), *The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute, Issues, Negotiations, Results* (La Haye-Londres-Boston, Kluwer Law International, 1999), p. 189 à 216.

Salmon, Jean, « Libres propos sur l'arrêt de la C.I.J. du 14 février 2002 dans l'affaire relative au Mandat d'arrêt du 11 avril 2000, *R.D.C. c. Belgique* », *Revue belge de droit international*, vol. 35 (2002), p. 512 à 517.

Salmon, Jean et David, Eric, « Chef d'État, Chef de gouvernement, Ministre des affaires étrangères. Pratique du pouvoir exécutif et contrôle des chambres législatives », *Revue belge de droit international*, vol. 35 (2002), p. 122 à 126.

Sands, Philippe, « International Law Transformed? From Pinochet to Congo...? », *Leiden Journal of International Law*, vol. 16 (2003), p. 37 à 53.

Sands, Philippe, « What is the ICJ for? », *Revue belge de droit international*, vol. 35 (2002), p. 537 à 545.

Sands, Philippe, « After Pinochet: The Role of National Courts », in Ph. Sands (dir. publ.), *From Nuremberg to The Hague. The Future of International Criminal Justice* (Cambridge University Press, 2003), p. 68 à 108.

Sarkar, Lotika, « The Proper Law of Crime in International Law », *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 11 (1962), p. 446 à 470.

Sassòli Marco, « L'arrêt *Yerodia* : quelques remarques sur une affaire au point de collision entre les deux couches du droit international », *Revue belge de droit international*, vol. 106 (2002), p. 791 à 818.

Sears, Jill M., « Confronting the “Culture of Impunity”: Immunity of Heads of State from Nuremberg to *ex parte Pinochet* », *German Yearbook of International Law*, vol. 42 (1999), p. 125 à 146.

Shaw, Malcolm N., chap. « The Personality Issue – Immunity for Government Figures », *International Law*, 5^e éd. (Cambridge University Press, 2003), p. 655 à 658.

Shaw, Malcolm N., « The *Yerodia* case: Remedies and Judicial Functions », *Revue belge de droit international* (2002), p. 554 à 559.

Sison, Gilbert, « A King No More: The Impact of the Pinochet decision on the Doctrine of Head of State Immunity », *Washington University Law Quarterly*, vol. 78 (2000), p. 1583 à 1602.

Sinclair, Ian, « The Law of Sovereign Immunity: Recent Developments », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. 167 (1980-II), p. 113 à 287.

Stone, C., « Head of State Immunity. New Standard on a Narrow Issue », *Suffolk Transnational Law Journal*, vol. 12 (1989), p. 491 à 502.

Summers, Marc A., « The International Court of Justice's Decision in *Congo v. Belgium*: How Has It Affected the Development of a Principle of Universal Jurisdiction that Would Obligate All States to Prosecute War Criminals? », *Boston University International Law Journal*, vol. 21 (2003), p. 63 à 100.

Thomas, Katherine Reece et Small, Joan, « Human Rights and State Immunity: Is There Immunity From Civil Liability For Torture? », *Netherlands International Law Reports*, vol. 50 (2003), p. 1 à 30.

Tomonori, Mizushima, « The Individual as Beneficiary of State Immunity: Problems of the Attribution of *Ultra Vires Conduct* », *Denver Journal of International Law and Policy*, vol. 29 (2001), p. 261 à 287.

Tomuschat, Christian, « Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century », in *General Course on Public International Law*, *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. 281 (1999), p. 9 à 483.

Toner, Paul J., « Competing Concepts of Immunity: The Revolution of the Head of State Immunity Defense », *Penn State Law Review*, vol. 108 (2004), p. 899 à 927.

Triffterer, Otto, « Article 27, Irrelevance of Official Position », in Otto Triffterer (dir. publ.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court* (Baden-Baden (Allemagne), Nomos, 1999), p. 501 à 514.

Tunks, Michael A., « Diplomats or Defendants? Defining the Future of Head-of-State Immunity », *Duke Law Journal*, vol. 52 (2002), p. 651 à 682.

van Alebeek, Rosanne, « The Pinochet Case: International Human Rights Law on Trial », *British Year Book of International Law*, vol. LXXI (2000), p. 29 à 70.

van Panhuys, H.F., « In The Borderland Between The Act of State Doctrine and Questions of Jurisdictional Immunities », *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 13 (1964), p. 1192 à 1213.

Verhoeven, Joe, « Quelques réflexions sur l'affaire relative au *Mandat d'arrêt* du 11 avril 2000 », *Revue belge de droit international*, vol. 35 (2002), p. 531 à 536.

Villalpando, Santiago, « L'affaire Pinochet: Beaucoup de bruit pour rien? L'apport au droit international de la décision de la Chambre des lords du 24 mars 1999 », *Revue générale de droit international public*, vol. 104 (2000), p. 393 à 427.

Warbrick, Colin, « Immunity and International Crimes in English Law », *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 53 (2004), p. 769 à 764.

Watts, Arthur, « The Legal Position in International Law of Heads of States, of Governments and Foreign Ministers », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. 247 (1994-III), p. 9 136.

Weller, Marc, « On the Hazards of Foreign Travel for Dictators and Other International Criminals », *International Affairs*, vol. 75 (1999), p. 599 à 617.

Weyembergh, Anne, « Sur l'ordonnance du juge d'instruction Vandermeersch rendue dans l'affaire Pinochet le 6 novembre 1998 », *Revue belge de droit international*, vol. 32 (1999), p. 178 à 204.

White, Melinda, « Pinochet, Universal Jurisdiction, and Impunity », *Southwestern Journal of Law and Trade in the Americas*, vol. 7 (2000), p. 209 à 226.

Whomersley, C.A., « Some Reflections on the Immunity of Individuals for Official Acts », *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 41 (1992), p. 848 à 858.

Wickremasinghe, Chanaka, « Difference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights », *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 49 (2000), p. 724 à 730.

Wickremasinghe, Chanaka, « Immunities Enjoyed by Officials of States and International Organizations », in Malcolm D. Evans (dir. publ.), *International Law*, 2^e éd. (Oxford, Oxford University Press, 2006), p. 395 à 421.

Wilson, Robert A., « Diplomatic Immunity from Criminal Jurisdiction: Essential to Effective International Relations », *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Journal*, vol. 7 (1984), p. 113 à 138.

Wilson, Richard J., « Prosecuting Pinochet: International Crimes in Spanish Domestic Law », *Human Rights Quarterly*, vol. 21 (1999), p. 927 à 979.

Wouters, Jan, « The Judgment of the International Court of Justice in the Arrest Warrant Case: Some Critical Remarks », *Leiden Journal of International Law*, vol. 16 (2003), p. 253 à 267.

Yang, Xiaodong, « Immunity for International Crimes: Reaffirmation of Traditional Doctrine », *Cambridge Law Journal*, vol. 61 (2002), p. 242 à 246.

Yang, Xiaodong, « State Immunity in the European Court of Human Rights: Reaffirmations and Misconceptions », *British Year Book of International Law*, vol. 74 (2003), p. 333 à 408.

Zappalà, Salvatore, « Do Heads of State in Office Enjoy Immunity from Jurisdiction for International Crimes? The Ghaddafi Case Before the French Cour de Cassation », *European Journal of International Law*, vol. 12 (2001), p. 595 à 612.

Zegveld, Liesbeth, « The Bouterse case », *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. XXXII (2001), p. 97 à 118.

Ziman, G. Michael, « Holding Foreign Governments Accountable for Their Human Rights Abuses: A proposed Amendment to the Foreign Sovereign Immunities Act of 1976 », *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Journal*, vol. 21 (1999), p. 185 à 213.

Zuppi, Alberto Luis, « Immunity v. Universal Jurisdiction: The *Yerodia Ndombasi* Decision of the International Court of Justice », *Louisiana Law Review*, vol. 63 (2003), p. 309 à 339.
