

Les immunités des représentants de l'État face aux crimes internationaux¹

PAULINE LESAFFRE

*Aspirante F.N.R.S., doctorante en droit international humanitaire
et assistante en droit international public,
Université catholique de Louvain*

Table des matières

I.	Le régime des immunités coutumières accordées aux représentants de l'Etat	121
1.	Le champ d'application personnel des immunités coutumières ..	121
2.	Le champ d'application matériel des immunités coutumières	127
3.	Le champ d'application temporel des immunités coutumières....	134
II.	Les immunités coutumières devant les juridictions nationales étrangères	137
1.	La non-immunité <i>per se</i> ou l'inutilité de plaider une exception aux immunités coutumières.....	137
2.	Vers la négation de l'immunité fonctionnelle face aux crimes les plus graves.....	140
2.1.	L'improbable nature privée du crime international	140
2.2.	L'impossible primauté du <i>ius cogens</i> substantiel sur l'immunité fonctionnelle.....	143
2.3.	L'invocation inutile de la responsabilité individuelle du représentant de l'Etat	147
2.4.	La non-pertinence de la compétence universelle des tribunaux nationaux	148

¹ Cet article se fonde en grande partie sur le mémoire de fin d'études défendu par l'auteur durant l'année académique 2014-2015 ainsi que sur sa présentation à l'occasion de la journée d'étude du Centre d'Etude de droit militaire et de droit de la guerre du 8 décembre 2016. L'auteur remercie particulièrement son promoteur de mémoire, le Professeur P. d'Argent, pour ses précieux conseils lors de la rédaction de son travail de fin d'études et du présent article. Elle remercie également le Major Crèvecoeur et le Centre d'Etude de lui avoir offert l'opportunité de présenter son travail de même que sa collègue et amie, A. de Vaucleroy et son superviseur de thèse, le Professeur R. van Steenberghe, pour leur relecture et les discussions qui l'ont permis d'enrichir sa réflexion.

2.5. L'incompatibilité acceptable de l'obligation de poursuivre ou d'extrader (<i>aut dedere, aut iudicare</i>) avec l'immunité <i>ratione materiae</i>	149
2.6. Notre conclusion : une tendance à l'érosion de l'immunité fonctionnelle dans l'hypothèse de la commission de crimes internationaux.....	153
3. Le maintien de l'immunité personnelle malgré la commission de crimes internationaux	156
3.1. Une application jurisprudentielle quasi unanime de l'immunité <i>ratione personae</i>	156
3.2. Une doctrine majoritairement concordante en faveur de l'octroi de l'immunité	158
III. Les immunités coutumières devant la Cour pénale internationale...	159
1. L'inopposabilité des immunités coutumières à la Cour pénale internationale	160
2. Les immunités coutumières dans les relations entre Etats Parties au Statut de Rome en cas de poursuites internationales devant la Cour pénale internationale.....	166
3. Les immunités coutumières dans les relations entre Etats Parties et Etats non parties au Statut de Rome en cas de poursuites internationales devant la cour pénale internationale	170
3.1. En l'absence d'une résolution du Conseil de sécurité	171
3.2. En présence d'une résolution du Conseil de sécurité	177
IV. Conclusion.....	186
Résumé — Samenvatting — Summary —	
Resumen — Riassunto — Zusammenfassung	190

Sujet d'une doctrine prolixe jetant parfois la confusion dans les esprits, les immunités des représentants de l'État face aux crimes internationaux s'imposent comme une thématique indémodable à la croisée du droit international public et du droit international pénal. Inscrites depuis 2007 au programme de travail de la Commission du droit international,² elles animent les discussions récentes devant la Cour pénale internationale entre sa Procureure, Madame F. Bensouda, et l'Afrique du Sud dans le contexte de la célèbre et médiatique affaire du Président soudanais, O. Al Bashir. Suscitant l'intérêt d'un cercle restreint d'internationalistes passionnés, le droit coutumier des immunités peut pourtant évoquer une doctrine juridique ésotérique tant pour l'opinion publique que pour ses premiers et seuls bénéficiaires, à savoir les agents étatiques. Mue par un sentiment d'injustice, l'opinion publique ne comprend pas que des grands criminels ne puissent être jugés devant une juridiction nationale ou devant la Cour pénale internationale précisément créée pour lutter contre l'impunité.³ Les représentants de l'État ne discernent pas toujours dans quelles circonstances et pour quels actes ils jouiront de la protection des normes de droit coutumier.

Constituant une exception procédurale d'irrecevabilité,⁴ les immunités de juridiction pénale se définissent comme les « prescription[s] du *droit international* qui [font] interdiction au juge [pénal] étatique d'*exercer* son pouvoir [juridictionnel] dans un cas particulier, pour des raisons qui tiennent à la personne du défendeur et de ses fonctions ». ⁵ Ce rempart international à l'exercice par les autorités nationales de leurs pouvoirs contraignants se justifie fondamentalement par le rôle indispensable qu'il joue dans le maintien des relations pacifiques entre États. Les immunités coutumières garantissent en effet l'égalité souveraine entre eux.⁶ Bien qu'elles désirent une justice nationale et internationale

² Commission du droit international, Rapport de la 59^e session, 7 mai-5 juin et 9 juillet-10 août 2007, Document A/62/10, disponible sur www.un.org/law/ilc, § 376.

³ Statut de la Cour pénale internationale, signé à Rome le 17 juillet 1998, disponible sur www.icc-cpi.int, préambule, spéc. §§ 4 et 5.

⁴ C. Dominice, « Quelques observations sur l'immunité de juridiction pénale de l'ancien chef d'État », *R.G.D.I.P.*, 1999, n° 2, 1999, p. 299 ; E. Denza, *Diplomatic Law: Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations*, 3^e éd., Oxford, O.U.P., 2008, p. 311 ; J. Salmon, *Manuel de droit diplomatique*, Bruxelles, Bruylant, 1994, p. 300 ; R. Kolodkin, Rapporteur spécial pour la Commission du droit international, *Rapport préliminaire sur l'immunité des représentants de l'État de la juridiction pénale étrangère*, Document A/CN.4/601, 2008, disponible sur www.un.org/law/ilc, §§ 64, 65 et 66.

⁵ C. Dominice, *supra* note 3, p. 299. Nous soulignons.

⁶ M. Cosnard, « Immunités », in D. Alland et S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la*

efficace, les victimes de crimes internationaux et la communauté internationale ne souhaitent pas plus que les représentants étatiques que celle-ci se réalise au prix d'une multiplication des confrontations entre États. Or, un monde sans immunité serait un monde de constantes frictions interétatiques.

Cet article esquisse un panorama du droit international coutumier des immunités de juridiction pénale et de son interaction avec le système conventionnel du Statut de Rome instituant la Cour pénale internationale. Il rappelle dans un premier temps les grandes lignes du régime coutumier des immunités des représentants de l'État (Partie I). Il pose dans un deuxième temps la question de l'existence d'une exception coutumière aux dites immunités dans le cas de la commission de crimes internationaux (Partie II). Ces crimes s'entendront dans le cadre de ces développements comme les crimes menaçant la communauté internationale et interdits par le droit international,⁷ soit le crime de génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre relevant de la compétence de la Cour pénale internationale,⁸

culture juridique, Paris, P.U.F., 2003, p. 802 ; B. Stern, « Vers une limitation de l'« irresponsabilité souveraine » des États et des chefs d'États en cas de crime de droit international », in M. G. Cohen (dir.), *La promotion de la justice, des droits de l'homme et du règlement des conflits par le droit international*, Liber amicorum Lucius Caflisch, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, p. 512 ; H. Fox, Rapporteur pour l'Institut de Droit International, *Provisional Report on the Immunity from Jurisdiction of the State and of Persons who Act on Behalf of the State in case of International Crimes (janvier 2005)*, A.I.D.I., 2009, Vol. 73, § 13 ; G. Werle et F. Jessberger, *Principles of International Criminal Law*, 3^e éd., Oxford, O.U.P., 2014, p. 271 ; K. Magliveras et G. Naldi, « The International Criminal Court's Involvement with Africa: Evaluation of a Fractious Relationship », *Nordic J. Int'l L.*, 2013, n° 3, p. 425 ; B. B. Jia, « The Immunity of State Officials for International Crimes Revisited », *J.I.C.J.*, 2012, n° 5, pp. 1319 et 1320 ; M. Nkhata, « Along Came Omar Al Bashir to Malawi: International Criminal Law and the Immunity of Heads of State », *Malawi L.J.*, 2011, n° 2, p. 156.

⁷ J. Needham, « Protection or Prosecution for Omar Al Bashir? The Changing State of Immunity in International Criminal Law », *A.U.L.R.*, 2011, Vol. 17, p. 225 ; Statut de Rome, préambule, §§4 et 9, et article 5.

⁸ Statut de Rome, article 5. Malgré son inscription à l'article 5 du Statut de Rome, la Cour pénale internationale ne peut pas encore à l'heure actuelle connaître du crime d'agression. Lors de la Conférence de révision du Statut de Rome qui s'est tenue à Kampala du 31 mai au 11 juin 2010, les États Parties audit Statut ont adopté la définition de ce crime (article 8 *bis* du Statut) et ont déterminé les conditions entourant l'exercice par la Cour de sa compétence (articles 15 *bis* et 15 *ter* du Statut). La Cour ne pourra donc juger les crimes d'agression qu'après l'adoption d'une décision en ce sens par la majorité des deux tiers des États Parties, compte tenu du fait que le délai d'un an après la trentième ratification des amendements est dépassé (la Palestine a été le trentième État à ratifier les amendements le 29

juridiction internationale dont le traité fondateur sera examiné dans la dernière partie de l'article. La troisième partie de l'analyse traitera ainsi du régime conventionnel instauré par le Statut de Rome et étudiera ses relations avec le régime coutumier (Partie III).

I. Le régime des immunités coutumières accordées aux représentants de l'État

Le droit international coutumier distingue deux types d'immunité de juridiction pénale : d'une part, l'immunité *ratione personae* ou personnelle et, d'autre part, l'immunité *ratione materiae* ou fonctionnelle. Il ne paraît pas inutile de revenir sur quelques points clefs et différences substantielles entre le régime de l'immunité personnelle et celui de l'immunité fonctionnelle avant d'approfondir la réflexion et d'envisager l'hypothèse de la perpétration d'un crime international.

1. Le champ d'application personnel des immunités coutumières

L'immunité *ratione materiae* possède manifestement un champ d'application personnel plus large que l'immunité *ratione personae*. En effet, l'ensemble des représentants de l'État exerçant des prérogatives de puissance publique jouissent d'une immunité fonctionnelle,⁹ c'est-à-dire « toutes les personnes physiques qui sont autorisées à représenter l'État dans toutes ses manifestations ».¹⁰ Le droit international coutumier ne discrimine pas les hauts représentants de l'État des agents de rang intermédiaire ou subalterne. Ainsi, tant un chef d'État qu'un membre des forces armées étatiques bénéficieront d'une immunité *ratione materiae*. De plus, contrairement aux conclusions récentes de la Rapporteuse spéciale C. Escobar Hernández,¹¹ le droit international ne différencie

juin 2016) et que la date butoir du 1^{er} janvier 2017 a été atteinte.

⁹ G. P. Buzzini, « Lights and Shadows of Immunities and Inviolability of State Officials in International Law: Some Comments on the *Djibouti v. France* Case », *L.J.I.L.*, 2009, n° 3, p. 462 ; H. Fox, *The Law of State Immunity*, 2^e éd., Oxford, O.U.P., 2008, p. 667 ; C. Escobar Hernández, Rapporteuse spéciale pour la Commission du droit international, *Troisième rapport sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État*, 2014, Document A/CN.4/673, disponible sur www.un.org/law/ilc, § 149.

¹⁰ Commission du droit international, Rapport de la 43^e session, 29 avril-19 juillet 1991, Document A/46/10, disponible sur www.un.org/law/ilc, § 28, commentaire du projet d'article 2, point 17.

¹¹ C. Escobar Hernández, Rapporteuse spéciale pour la Commission du droit international, *Quatrième rapport sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État*, 2015, Document A/CN.4/686, disponible sur www.un.org/law/ilc, § 114, où la Rapporteuse affirme que « [l']a notion de représentant de l'État [...] exclu[t] les personnes habituellement considérées comme fonctionnaires

pas les agents *de facto* des représentants *de iure*.¹² L'importance et la nature des pouvoirs des représentants étatiques n'influencent donc pas l'octroi de l'immunité fonctionnelle. Pour bénéficier de ladite immunité, il suffit que l'intéressé représente l'État ou exerce des fonctions de l'État.¹³ Par contre, l'immunité personnelle ne bénéficie qu'aux chefs d'État et de gouvernement, aux ministres des Affaires étrangères, aux diplomates¹⁴ et agents en mission spéciale.¹⁵ Ces hauts

de facto. Seule cette conclusion est compatible avec la nature de l'immunité, puisqu'il ne semble pas raisonnable que l'État puisse demander l'immunité pour des individus auxquels il n'a volontairement pas octroyé le statut d'organe ou de personne ayant qualité pour exercer des prérogatives de la puissance publique ou avec lesquels il n'a pas établi de lien particulier de dépendance ou de contrôle effectif au moment où ils ont commis les actes considérés ». Signalons cependant que la Rapporteuse spéciale ne confère pas toujours la même portée à la notion de représentant *de facto*. Pour ce même constat et une demande de clarification, voy. K. G. Park, Représentant de la République de Corée, Provisional Summary Record of the 3273rd Meeting (21 juillet 2015), Document A/CN.4/SR.3273, 28 juillet 2015, disponible sur http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/documentation/english/summary_records/a_cn4_sr3273.pdf&lang=EF, p. 4.

¹² A. Cassese, *International Criminal Law*, 2^e éd., Oxford, O.U.P., 2008, p. 304 ; A. Cassese, « When May Senior State Officials Be Tried for International Crimes? Some Comments on the *Congo v. Belgium* Case », *E.J.I.L.*, 2002, p. 863 ; Commission du droit international, Rapport de la 66^e session, 5 mai-6 juin et 7 juillet-8 août 2014, Document A/69/10, disponible sur www.un.org/law/ilc, § 132, commentaire du projet d'article 2 (e), points 13 et 14. La Commission adopte néanmoins une position nuancée s'agissant des représentants *de facto*.

¹³ Commission du droit international, *supra* note 11, § 132, projet d'articles 2 (e) et 5.

¹⁴ La Convention de Vienne sur les relations diplomatiques codifie l'immunité coutumière diplomatique. Les diplomates, de même que le personnel administratif et technique des missions diplomatiques, jouissent normalement d'une immunité personnelle. Par exception, le diplomate ressortissant de l'État accréditaire ou y possédant sa résidence permanente ne dispose que d'une immunité fonctionnelle. Voy. Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, signée à Vienne le 18 avril 1961, disponible sur www.legal.un.org, articles 31, § 1, 37, § 2 et 38, § 1.

¹⁵ La Convention sur les missions spéciales ne reflète que partiellement le droit coutumier. L'immunité coutumière bénéficie à davantage de personnes en visite officielle dans un État étranger que l'immunité conventionnelle. Le droit coutumier exige, d'une part, que la personne en visite officielle (membre du pouvoir exécutif, judiciaire ou législatif) représente effectivement son État et, d'autre part, que l'État de réception ait donné son consentement à la mission, reconnaissant dès lors la nature spéciale de celle-ci et l'immunité de ceux qui y participent. Les États d'envoi et de réception doivent en outre s'accorder sur les questions à traiter par la mission ou sur les tâches à exécuter, même de façon non détaillée. Voy. High Court, Queen's Bench Division, *Khurts Bat v. Investigating Judge of the German Federal Court*, 29 juillet 2011, *I.L.R.*, Vol. 147, *per* Lord Justice Moses, §§ 27 et 29 ; Cour suprême fédérale (République fédérale d'Allemagne), *Tabatabai*, 27 février 1984, *I.L.R.*, Vol. 80, p. 419, § 4 ; Cour provinciale supérieure de Düsseldorf, *Tabatabai*, 7 mars 1983, *I.L.R.*, Vol. 80, pp. 401 et 402 ; M. Wood,

représentants ne bénéficieront toutefois *en pratique* de l'immunité personnelle que si l'entité représentée est acceptée par l'État du for comme État souverain.¹⁶ De même, ils n'en jouiront que si leur titre de haut représentant est reconnu par ledit État du for, ce que les juridictions américaines ont avancé dans les affaires *Flatow v. Islamic Republic of Iran* et *United States v. Noriega*.¹⁷

Les chefs d'État, les chefs de gouvernement et les ministres des Affaires étrangères forment la triade ou *troïka*.¹⁸ Même si les conventions internationales ne traitent que de certains aspects du régime immunitaire du chef d'État et qu'aucune n'en offre une systématisation,¹⁹ il est aujourd'hui incontesté que les chefs d'État possèdent une immunité coutumière personnelle. Les chefs de gouvernement bénéficient eux aussi de l'immunité *ratione personae*, ce qui n'est pas surprenant sachant que leurs fonctions de représentation se rapprochent de celles du chef d'État²⁰ et qu'ils dirigent parfois le pays alors que le chef d'État

« The Immunity of Official Visitors », *M.P.Y.U.N.L.*, 2012, Vol. 16, pp. 51, 66 à 70 ; D. Akande et S. Shah, « Immunities of State Officials, International Crimes, and Foreign Domestic Courts », *E.J.I.L.*, 2010, n° 4, p. 823 ; J. Foakes, *The Position of Heads of State and Senior Officials in International Law*, Oxford, O.U.P., 2014, p. 134 ; B. Baban, *La mise en œuvre de la responsabilité pénale du chef d'État*, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 311 ; E. H. Franey, « Immunity, Individuals and International Law: Which Individuals are Immune from the Jurisdiction of National Courts Under International Law », Thèse soumise au Département de droit de la London School of Economics, 2009, disponible sur www.etheses.lse.ac.uk, p. 118 ; J. Bröhmer, « Diplomatic Immunity, Head of State Immunity, State Immunity: Misconceptions of a Notorious Human Rights Violator », *L.J.I.L.*, 1999, n° 2, p. 367.

¹⁶ À titre d'illustration, voy. Cour de cassation (Italie), *Djukanovic*, 17 septembre 2004, *I.Y.I.L.*, 2004, Vol. 14, pp. 342 et 343, où le Monténégro n'a pas été reconnu comme État souverain.

¹⁷ United States District Court, District of Columbia, *Flatow v. Islamic Republic of Iran and Others*, 11 mars 1998, *I.L.R.*, Vol. 121, p. 642, point 3 (affaire civile); United States District Court, Southern District of Florida, *United States v. Noriega*, 8 décembre 1992, *I.L.R.*, Vol. 99, p. 161, point II (A), décision dans laquelle le général Noriega se voit refuser l'immunité personnelle car les États-Unis ne le reconnaissent pas comme chef d'État du Panamá.

¹⁸ S. Murphy, « Immunity *Ratione Personae* of Foreign Government Officials and Other Topics: The Sixty-Fifth Session of the International Law Commission », *A.J.I.L.*, 2014, n° 1, p. 44.

¹⁹ A. Bellal, *Immunités et violations graves des droits humains : Vers une évolution structurelle de l'ordre juridique international ?*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 152.

²⁰ Commission du droit international, Rapport de la 65^e session, 6 mai-7 juin et 8 juillet-9 août 2013, Document A/68/10, disponible sur www.un.org/law/ilc, § 49, commentaire du projet d'article 3, point 4.

n'exerce qu'un rôle symbolique.²¹ Longtemps obscure, la position des ministres des Affaires étrangères est maintenant claire grâce à la Cour internationale de Justice. Cette dernière a effet précisé, à l'occasion de l'affaire relative au *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* opposant la République démocratique du Congo à la Belgique, que les ministres des Affaires étrangères, par analogie aux chefs d'État, sont protégés par l'immunité personnelle.²²

Bien qu'ayant clarifié la situation du ministre des Affaires étrangères, la décision rendue par les juges internationaux en l'affaire du *Mandat d'arrêt* fonde également l'incertitude et les discussions subséquentes relatives à l'extension de l'immunité personnelle au-delà de la triade. Ainsi, elle énonce qu'« il est clairement établi en droit international que [...] certaines personnes occupant un rang élevé dans l'État, *telles que* le chef d'État, le chef de gouvernement ou le ministre des Affaires étrangères, jouissent dans les autres États d'immunités de juridiction [...] pénales ».²³ La formule laisse penser que des personnes autres que celles mentionnées expressément pourraient bénéficier de la protection immunitaire *ratione personae*.²⁴ Néanmoins, la Cour n'a pas franchi l'obstacle de l'identification des autres hauts représentants de l'État qui feraient partie du « cercle étroit »²⁵ des bénéficiaires de l'immunité personnelle.

À moins de dresser une liste exhaustive (solution que ne semble pas soutenir la Cour),²⁶ pareille identification nécessite de déterminer un ou

²¹ J. Verhoeven, Rapporteur pour l'Institut de Droit International, *Rapport provisoire sur les immunités de juridiction et d'exécution du chef d'État et de gouvernement en droit international* (décembre 2000), *A.I.D.I.*, 2000-2001, Vol. 69, §§ 11 et 42.

²² *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* (République démocratique du Congo c. Belgique), arrêt, C.I.J. Recueil 2002, p. 3, §§ 54 et 55. Voy. *contra* : C. Van den Wyngaert, Opinion dissidente, *République démocratique du Congo c. Belgique*, 14 février 2002, disponible sur www.icj-cij.org, § 39 ; J. Wouters, « The Judgement of the International Court of Justice in the *Arrest Warrant* Case: Some Critical Remarks », *L.J.I.L.*, 2003, n° 2, pp. 256 à 258.

²³ C.I.J., *République démocratique du Congo c. Belgique*, *préc.*, § 51. Nous soulignons.

²⁴ H. Fox, *supra* note 8, p. 671 ; M. Wood, *supra* note 14, p. 45.

²⁵ R. Kolodkin, Rapporteur spécial pour la Commission du droit international, *Deuxième rapport sur l'immunité des représentants de l'État de la juridiction pénale étrangère*, 2010, Document A/CN.4/631, disponible sur www.un.org/law/ilc, § 94 (i).

²⁶ En outre, notons qu'établir une telle liste serait périlleux étant donné les divergences entre États dans la désignation des hauts représentants et l'organisation complexe du gouvernement. Voy. Commission du droit international, Rapport de la 64^e session, 7 mai-1^{er} juin et 2 juillet-3 août 2012, Document A/67/10, disponible sur www.un.org/law/ilc, § 116.

plusieurs critères. Un critère récurrent dans la jurisprudence nationale est le besoin des bénéficiaires de pouvoir voyager librement pour exercer efficacement leurs fonctions. S'appuyant explicitement sur la décision de la juridiction internationale qui retient ce critère parmi d'autres pour le Ministre congolais des Affaires étrangères, A. Yerodia,²⁷ les juridictions anglaises ont reconnu en 2004 l'immunité personnelle du Ministre israélien de la Défense, S. Mofaz,²⁸ et en 2005 celle du Ministre chinois du Commerce, X. Bo.²⁹ Ce critère a également été repris dans l'arrêt de la Chambre de l'instruction française, maintenu par la Cour de cassation en 2010,³⁰ à propos de l'ancien Ministre sénégalais de la Défense, Y. Sambou. La généralisation de ce critère risque cependant d'étendre excessivement le champ d'application de l'immunité personnelle tant il peut aujourd'hui s'appliquer à de nombreux représentants.³¹ Inversement, sous peine de réduire excessivement ledit champ d'application et de remettre en cause l'immunité même du chef d'État, nous ne pouvons exiger du haut représentant potentiellement protégé qu'il puisse engager et lier légalement son État dans le cadre des relations internationales.³²

La prudence imposerait donc de combiner plusieurs critères, comme la représentation de l'État, l'importance des fonctions du représentant pour assurer la souveraineté étatique et le degré de participation ou de responsabilité assumée dans les relations internationales.³³

²⁷ C.I.J., *République démocratique du Congo c. Belgique*, préc., § 53.

²⁸ Bow Street Magistrates' Court, *Re Shaul Mofaz*, 12 février 2004, *I.L.R.*, Vol. 128, p. 711, point 5 ; C. Warbrick, « Immunity and International Crimes in English Law », *I.C.L.Q.*, 2004, Vol. 53, p. 773.

²⁹ Bow Street Magistrates' Court, *Re Bo Xilai*, 8 novembre 2005, *I.L.R.*, Vol. 128, p. 714.

³⁰ Cour de cassation (France), Chambre criminelle, *Association Fédération nationale des victimes d'accidents collectifs « Fenrac SOS Catastrophe », Association des familles victimes du « Joola »*, 19 janvier 2010, *Bulletin des arrêts de la Cour de cassation*, 2010, n° 1, pp. 45, 46, 47 et 52. Bien que la Chambre de l'instruction française ait discuté de l'immunité personnelle, elle a accordé à Y. Sambou l'immunité fonctionnelle car il n'était plus en fonction.

³¹ D. Akande et S. Shah, *supra* note 14, p. 821.

³² P. D'Argent, « Immunity of State Officials and the Obligation to Prosecute », in A. Peters, E. Lagrange, S. OETER *e.a.* (dir.), *Immunities in the Age of Global Constitutionalism*, Leiden, Boston, Brill, Nijhoff, 2015, p. 247.

³³ A. Bellal, *supra* note 18, p. 158 ; J. Foakes, *supra* note 14, p. 131 ; C. Wickremasinghe, « Immunities Enjoyed by Officials of States and International Organizations », in M. Evans (dir.), *International Law*, 1^{re} éd., Oxford, O.U.P., 2003, p. 401 ; Commission du droit international, Rapport de la 60^e session, 5 mai-6 juin et 7 juillet-8 août 2008, Document A/63/10, disponible sur www.un.org/law/ilc, § 290 ; R. Kolodkin, Rapporteur spécial pour la Commission du

L'affaire *Djibouti c. France* aurait été l'occasion idéale pour la Cour internationale de Justice d'éclaircir sa jurisprudence et de fixer les critères à appliquer. Néanmoins, refusant l'immunité personnelle au Chef de la sécurité nationale et au Procureur de la République de Djibouti, les juges de La Haye n'ont pas détaillé leur raisonnement.³⁴ La Cour n'en dit pas davantage dans l'affaire *Guinée équatoriale c. France*. En effet, se prononçant sur la demande en indication de mesures conservatoires de la Guinée, les juges internationaux ont simplement conclu qu'ils n'étaient pas compétents *prima facie* pour statuer sur la requête guinéenne relative à la prétendue immunité personnelle de son Vice-Président chargé de la Défense et de la Sécurité de l'État, T. Obiang.³⁵ La Commission du droit international ne s'est pas non plus prononcée sur la question des critères pertinents lors de l'adoption de son projet d'articles sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État et a choisi, plus de dix ans après l'affaire du *Mandat d'arrêt*, de ne pas étendre l'immunité personnelle au-delà de la triade.³⁶ Cette incertitude persistante pourrait sans doute encore profiter à quelques représentants chanceux. En 2004, le Tribunal correctionnel de Bruxelles avait déjà accordé le bénéfice du doute au Vice-Président congolais, G. Bemba, et avait ainsi paru admettre son immunité *ratione personae*.³⁷

En somme, nous savons que, par sa fonction, le bénéficiaire de l'immunité doit en tout cas incarner, personnifier ou représenter l'État.³⁸

droit international, *Troisième rapport sur l'immunité des représentants de l'État de la juridiction pénale étrangère*, 2011, Document A/CN.4/646, disponible sur www.un.org/law/ilc, § 23.

³⁴ *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)*, arrêt, C.I.J. Recueil, 2008, p. 177, § 194 ; G. P. Buzzini, *supra* note 8, pp. 460 et 462 ; P. Palchetti, « Some Remarks on the Scope of Immunity of Foreign State Officials in the Light of Recent Judgments of Italian Courts », *I.Y.I.L.*, 2009, Vol. 19, pp. 84 et 85.

³⁵ *Immunités et procédures pénales (Guinée équatoriale c. France)*, Demande en indication de mesures conservatoires, ordonnance, 7 décembre 2016, disponible sur <http://www.icj-cij.org/files/case-related/163/163-20161207-ORD-01-00-FR.pdf>, §§ 49 et 50. Signalons que deux juges ont exprimé leur opposition à cette conclusion de la Cour. Voy. H. SUE, Opinion individuelle, *Guinée équatoriale c. France*, disponible sur <http://www.icj-cij.org/files/case-related/163/19284.pdf>; J. L. Kateka, Opinion individuelle, *Guinée équatoriale c. France*, disponible sur <http://www.icj-cij.org/files/case-related/163/19294.pdf>.

³⁶ Commission du droit international (2013), *supra* note 19, § 49, commentaire du projet d'article 3, points 8 à 12.

³⁷ Corr. Bruxelles (44^e ch.), *G. Bemba*, 21 mai 2004, *R.B.D.I.*, 2007, n° 1, p. 187.

³⁸ P. D'Argent, *supra* note 31, p. 246 ; M. Cosnard, *La soumission des États aux tribunaux internes : face à la théorie des immunités des États*, Paris, Pedone,

En outre, sa fonction doit être internationale par nature et impliquer nécessairement la représentation de l'État dans une relation avec un ou plusieurs autres États.³⁹ Les représentants de l'État intervenant au niveau administratif et exerçant principalement des fonctions internes ne jouiront donc jamais de l'immunité personnelle.⁴⁰ Ainsi, emboîtant le pas à la Cour internationale de Justice, la *High Court* britannique a refusé l'immunité *ratione personae* au Chef mongol du Département exécutif du Conseil de la sécurité nationale, Khurts Bat, au motif qu'il n'était qu'un « *administrator far removed from the narrow circle of those who hold the high-ranking office to be equated with the State they personify* ». ⁴¹ L'octroi de l'immunité personnelle ne devrait dès lors pas dépasser le niveau ministériel.⁴² En d'autres termes, si l'extension de l'immunité personnelle en faveur des ministres de la Défense apparaît sans doute concevable, il serait par contre surprenant d'assister à son expansion au profit de l'ensemble des membres des unités militaires d'un État.

2. Le champ d'application matériel des immunités coutumières

Si les deux immunités coutumières diffèrent par leur champ d'application personnel, il en est de même quant à leur champ d'application matériel. Tandis que la délimitation de la portée personnelle s'avère plus compliquée pour l'immunité personnelle que pour l'immunité fonctionnelle, la définition de la portée matérielle constitue une opération plus délicate pour la seconde que pour la première. En effet, l'immunité personnelle joue concrètement pour *tous* les actes du bénéficiaire, c'est-à-dire tant pour les actes privés et officiels accomplis avant l'entrée en fonction que pour ceux accomplis durant le mandat.⁴³

1996, p. 96.

³⁹ M. Cosnard, *supra* note 37, p. 99 ; C. Escobar Hernández, Rapporteuse spéciale pour la Commission du droit international, *Deuxième rapport sur l'immunité des représentants de l'État de la juridiction pénale étrangère*, 2013, Document A/CN.4/661, disponible sur www.un.org/law/ilc, § 57 ; M. Wood, *supra* note 14, p. 45.

⁴⁰ J. Foakes, *supra* note 14, p. 129. Remarquons que la France a invoqué cet argument dans l'affaire qui l'opposait à Djibouti. Voy. C.I.J., *Djibouti c. France*, *préc.*, § 186.

⁴¹ High Court, Queen's Bench Division, *Khurts Bat*, *préc.*, per Lord Justice Moses, § 61.

⁴² Voy. en ce sens J. Foakes, « Immunity for International Crimes? Developments in the Law on Prosecuting Heads of State in Foreign Courts », Chatham House Briefing Paper n° 2011/02, 2011, disponible sur www.chathamhouse.org, p. 6.

⁴³ C.I.J., *République démocratique du Congo c. Belgique*, *préc.*, § 55 ; D. Akande, « International Law Immunities and the International Criminal Court », *A.J.I.L.*, 2004, n° 3, p. 410 ; J. Verhoeven, « Les immunités propres aux organes ou

Dès lors, nul besoin de s'interroger sur la nature de l'acte ou le moment de son accomplissement en présence d'un haut représentant de l'État. De plus, l'immunité *ratione personae* élimine tout débat autour du caractère officiel ou privé de la visite à l'étranger puisqu'elle profitera à son bénéficiaire dans les deux cas.⁴⁴ Pour ces motifs, l'immunité personnelle est qualifiée d'absolue, de complète ou de totale.⁴⁵

Contrairement à l'immunité personnelle, l'immunité fonctionnelle protège exclusivement les actes de la fonction. Les protections par ladite immunité pourraient toutefois se succéder de telle sorte que des actes officiels précédant l'entrée en fonction soient en réalité couverts par une immunité fonctionnelle distincte octroyée en raison d'une fonction antérieurement exercée.⁴⁶ Telle serait par exemple la situation d'un membre haut gradé des forces armées d'un État qui deviendrait ministre de la Défense. Puisque l'immunité *ratione materiae* ne couvre que les actes de la fonction, il est impératif de distinguer ces derniers des actes privés. Cependant, cela constitue parfois un véritable casse-tête, spécialement pour les anciens hauts représentants. La variété de leurs responsabilités, leur plus grande indépendance hiérarchique et l'exercice permanent de leur fonction durant le mandat complexifient

autres agents des sujets du droit international », in J. Verhoeven (dir.), *Le droit international des immunités : contestation ou consolidation ?*, Bruxelles, Larcier, 2004, p. 98. ; P. Gaeta, « Does President Al Bashir Enjoy Immunity from Arrest? », *J.I.C.J.*, 2009, n° 7, p. 976 ; Commission du droit international (2013), *supra* note 19, § 49, projet d'article 4 ; M. Benzing, « US Bilateral Non-Surrender Agreements and Article 98 of the Statute of the International Criminal Court: An Exercise in the Law of Treaties », *M.P.Y.U.N.L.*, 2004, Vol. 8, p. 201.

⁴⁴ C. Dominice, *supra* note 3, p. 301 ; G. P. Buzzini, *supra* note 8, p. 459 ; R. van Alebeek, *The immunity of states and their officials in international criminal law and international human rights law*, Oxford, O.U.P., 2008, p. 179 ; A. Kiyani, « Al-Bashir & The ICC: The Problem of Head of State Immunity », *Chinese J.I.L.*, 2013, n° 3, p. 472. À propos des visites privées, voy. *contra* : A. Bellal, *supra* note 14, p. 159.

⁴⁵ J.-Y. De Cara, « L'affaire Pinochet devant la Chambre des Lords », *A.F.D.I.*, 1999, Vol. 45, p. 86 ; M. Frulli, « The Question of Charles Taylor's Immunity », *J.I.C.J.*, 2004, n° 2, p. 1125 ; H. Fox, « The Resolution of the Institute of International Law on the Immunities of Head of State and Government », *I.C.L.Q.*, 2002, Vol. 51, p. 120 ; G. P. Buzzini, *supra* note 8, p. 458 ; C. Wickremasinghe, *supra* note 32, p. 389 ; Commission du droit international (2013), *supra* note 19, § 49, commentaire du projet d'article 4, point 3 ; S. Bokolombe, *De la prévention et de la répression des violations graves du droit international humanitaire en République démocratique du Congo : Critique de la responsabilité pénale internationale*, Kinshasa, Droit et Société, 2013, p. 182 ; J. Combacau et S. Sur, *Droit international public*, 8^e éd., Paris, Montchrestien, 2008, p. 253.

⁴⁶ J. Verhoeven, *supra* note 42, p. 98.

la distinction.⁴⁷

Même si l'accomplissement de fonctions officielles repose sur une habilitation interne, la définition de l'acte de la fonction relève bien du droit international.⁴⁸ Le concept d'acte de la fonction s'est surtout déployé en matière civile,⁴⁹ étant donné la rareté des procès pénaux relatifs à une infraction commise dans l'exercice de fonctions.⁵⁰ Il est utopique de proposer d'emblée une définition globale de la notion car le droit international est muet à cet égard.⁵¹ S'il est vrai que les différentes fonctions se caractérisent par quelques traits communs, il faut se résoudre à une démarche casuistique : l'analyse de la nature de l'acte se fera au cas par cas, fonction par fonction.⁵² L'impossibilité de fixer des limites claires à la notion renforce l'indécision doctrinale quant à la terminologie adéquate⁵³ : actes officiels, actes accomplis en qualité officielle, actes accomplis dans l'exercice de la fonction, etc. La Commission du droit international et sa Rapporteuse spéciale, C. Escobar Hernández, spécialement dans le cadre de son quatrième rapport traitant précisément du concept d'acte de la fonction, ont jeté leur dévolu sur l'expression « acte accompli à titre officiel ».⁵⁴ Dans un souci pragmatique d'économie de mots, la préférence a été accordée aux « actes de la fonction » dans le cadre de cet article. L'essentiel réside toutefois selon nous dans le message transmis par ces diverses propositions définissant une même réalité.

Le principe d'attribution, issu du droit de la responsabilité de l'État, est à première vue le plus adéquat pour identifier un acte de la fonction. Dans l'affaire *Djibouti c. France*, la Cour internationale de Justice parle effectivement d'« actes accomplis dans le cadre [des] fonctions en tant qu'organes de l'État ».⁵⁵ Ce terme fait écho à l'article 4 des Articles de la Commission du droit international sur la responsabilité de l'État pour

⁴⁷ J. Foakes, *supra* note 14, p. 142.

⁴⁸ J. Verhoeven, *supra* note 42, p. 103.

⁴⁹ J. Foakes, *supra* note 14, p. 144.

⁵⁰ D. Akande, *supra* note 42, p. 413.

⁵¹ Pour ce même constat, voy. C. Escobar Hernández, *supra* note 10, § 32.

⁵² C. Dominice, *supra* note 3, p. 303.

⁵³ J. Salmon, « Immunités et actes de la fonction », *A.F.D.I.*, 1992, Vol. 38, p. 319, qui faisait déjà cette remarque il y a plus de vingt ans. La variété dans le choix terminologique a également été soulignée par la Rapporteuse spéciale C. Escobar Hernández dans son quatrième rapport portant sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État. Voy. C. Escobar Hernández, *supra* note 10, § 28.

⁵⁴ C. Escobar Hernández, *supra* note 10, p. 7, titre B ainsi que § 27.

⁵⁵ C.I.J., *Djibouti c. France*, *préc.*, § 191.

fait internationalement illicite.⁵⁶ L'acte de la fonction est ainsi l'acte du *représentant* qui est *attribuable* à l'État. Afin d'identifier les actes de la fonction, nous pouvons dès lors nous en référer au chapitre II « Attribution d'un comportement à l'État » des Articles susmentionnés.⁵⁷ Comme le souligne à juste titre le précédent Rapporteur spécial, R. Kolodkin, dans son deuxième rapport, « [i]l n'existe pas de raisons objectives d'établir une distinction entre l'attribution de la conduite aux fins de la responsabilité et aux fins de l'immunité ». ⁵⁸ Les actes directement liés à une activité souveraine⁵⁹ (tels ceux en lien avec une activité militaire⁶⁰) de même que les actes accomplis en tant que bouche ou bras de l'État⁶¹ doivent être considérés comme des actes de la fonction. L'emploi du principe d'attribution nous permet en outre d'assimiler l'autorité apparente à l'autorité réelle.⁶² Est ainsi un acte de la fonction tout acte accompli « *under the colour of or in ostensible exercise of the state's public authority* ». ⁶³ Le Comité de rédaction de la Commission du droit international a récemment proposé de définir l'acte de la fonction comme « *any act performed by a State official in the exercise of State authority* ». ⁶⁴

Bien qu'elle souligne qu'il « convient de prendre dûment compte » des articles 4 à 11 dudit chapitre II des Articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite,⁶⁵ la Rapporteuse spéciale C. Escobar Hernández introduit dans son quatrième rapport une rupture

⁵⁶ Articles de la Commission du droit international sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, adoptés par la Commission du droit international, 53^e session, 2 avril-1^{er} juin et 2 juillet-10 août 2001, disponible sur www.legal.un.org, article 4.

⁵⁷ *Ibid.*, chapitre II.

⁵⁸ R. Kolodkin, *supra* note 24, § 94 (c). Voy. *contra* : R. van Alebeek, « National Courts, International Crimes and the Functional Immunity of State Officials », *N.I.L.R.*, 2012, n° 1, p. 24 ; M. Tomonori, « The Individual as Beneficiary of State Immunity: Problems of the Attribution of *Ultra Vires* Conduct », *D.J.I.L.P.*, 2001, Vol. 29, p. 286.

⁵⁹ J. Foakes, *supra* note 14, p. 146.

⁶⁰ Voy. House of Lords, *Holland v. Lampen-Wolfe*, 20 juillet 2000, *I.L.R.*, Vol. 119, pp. 369 et suivantes, affaire civile relative à un employé civil du Département de la Défense des États-Unis.

⁶¹ R. van Alebeek, *supra* note 43, p. 112 ; R. van Alebeek, *supra* note 57, pp. 12 et 14.

⁶² R. van Alebeek, *supra* note 43, p. 132.

⁶³ J. Foakes, *supra* note 41, p. 8.

⁶⁴ Commission du droit international, Texte des projets d'article adoptés provisoirement par le Comité de rédaction à la soixante-septième session, Document A/CN.4/L.865, 29 juillet 2015, disponible sur <http://legal.un.org/docs/?symbol=A/CN.4/L.865>, projet d'article 2, f.

⁶⁵ C. Escobar Hernández, *supra* note 10, § 79.

entre l'attribution au titre du droit de la responsabilité internationale de l'État et le critère d'identification d'un acte de la fonction aux fins de l'octroi de l'immunité fonctionnelle à ses représentants.⁶⁶ Si le rejet du parallélisme entre les deux matières se comprend quant aux actes accomplis par des *personnes privées* mais néanmoins *attribuables* à l'État en vertu des articles 8 et 11 des Articles sur la responsabilité internationale de l'État,⁶⁷ le raisonnement de l'experte onusienne apparaît contestable à deux égards.

Premièrement, Madame C. Escobar Hernández écarte la symétrie entre droit de la responsabilité internationale de l'État et droit de l'immunité fonctionnelle des représentants de l'État par rapport à l'article 7 qui traite des actes *ultra vires*. Certains États, à l'instar de la Pologne,⁶⁸ adhèrent également à l'éviction de ces derniers du champ d'application matériel de l'immunité *ratione materiae*. La dénomination d'« acte de la fonction » est, certes, trompeuse car elle laisse croire à l'exclusion de toute protection immunitaire pour les actes *ultra vires*. Ceux-ci sont toutefois manifestement couverts par l'immunité fonctionnelle des représentants de l'État.⁶⁹ Il est étonnant de lire dans le cinquième et dernier rapport de la Rapporteuse spéciale de la Commission du droit international que les actes *ultra vires* sont « par définition présumés ne pas avoir été accomplis dans l'exercice de fonctions étatiques ni donc à titre officiel ».⁷⁰ Aux termes de l'article 7 des Articles sur la

⁶⁶ *Ibid.*, § 111.

⁶⁷ Voy. Articles de la Commission du droit international sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, articles 8 et 11.

⁶⁸ Opinion by the Legal Advisory Committee to the Minister of Foreign Affairs of the Republic of Poland on immunities of State officials from foreign criminal jurisdiction, soumise le 27 avril 2015 en vue de la 67^e session de la Commission du droit international, disponible sur http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/sessions/67/pdfs/english/iso_poland.pdf&lang=E, spéc. pp. 7, 10 et 11. Voy. aussi K. Kittichaisaree, Représentant de la Thaïlande, Provisional Summary Record of the 3329th Meeting (27 juillet 2016), Document A/CN.4/SR3329, disponible sur http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/documentation/english/summary_records/a_cn4_sr3329.pdf&lang=EF, p. 9, qui admet la rupture entre droit de la responsabilité internationale de l'État et droit de l'immunité fonctionnelle de son représentant pour cette question des actes *ultra vires*.

⁶⁹ B. B. JIA, *supra* note 5, p. 1311. Voy. aussi M. Wood, Représentant du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Provisional Summary Record of the 3345th Meeting (11 août 2016), Document A/CN.4/SR.3345, 21 septembre 2016, disponible sur http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/documentation/english/summary_records/a_cn4_sr3345.pdf&lang=EF, p. 16. Voy. *contra* M. Tomonori, *supra* note 57, pp. 286 et 287.

⁷⁰ C. Escobar Hernández, Rapporteuse spéciale pour la Commission du droit international, *Cinquième rapport sur l'immunité de juridiction pénale étrangère*

responsabilité internationale de l'État, un acte est attribué à l'État chaque fois que son représentant a *agi en qualité officielle*, même lorsqu'il a outrepassé ses compétences ou violé les instructions.⁷¹ L'acte *ultra vires* s'entend donc bien, à la lecture de l'article, d'un « acte accompli à titre officiel » et non d'un acte privé.⁷² Notant le manque de constance de la jurisprudence interne sur ce point,⁷³ la Rapporteuse spéciale est néanmoins d'avis qu'il « apparaît clairement que le fonctionnaire a agi [...] en dehors du mandat qui lui a été confié, et que ses actes ne pouvaient donc pas être attribués à l'État aux fins de l'immunité ». ⁷⁴ Il nous est toutefois difficile de concevoir qu'un acte non autorisé par l'État représenté puisse, sans aucune discussion, engager la responsabilité internationale dudit État mais ne puisse pas bénéficier d'une couverture immunitaire en faveur du représentant ayant agi dans ses fonctions, en raison du seul fait de cette non-autorisation. Contester la possibilité d'invoquer l'immunité fonctionnelle des représentants pour les actes *ultra vires* ne revient-il pas finalement à contester la possibilité même d'invoquer la responsabilité de l'État pour ledit acte ? De plus, les crimes sont souvent des conduites *ultra vires* de telle manière qu'exclure ces dernières du champ d'application matériel de l'immunité fonctionnelle la rendrait inutile.⁷⁵ De surcroît, l'État mécontent peut toujours renoncer à l'immunité de son représentant qui n'aurait pas respecté les limites du mandat ou de la mission qui lui avait été confié(e). Pour illustrer nos propos, contrairement au soldat en permission qui se rend coupable de violences sexuelles dans le contexte d'un conflit armé international,⁷⁶

des représentants de l'État, 2016, Document A/CN.4/701, disponible sur www.un.org/law/ilc, § 232.

⁷¹ Articles de la Commission du droit international sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, article 7 ; J. Foakes, *supra* note 14, p. 144 ; J. Salmon, *supra* note 52, p. 348.

⁷² R. Kolodkin, Ancien Rapporteur spécial, Provisional Summary Record of the 3274th Meeting (22 juillet 2015), Document A/CN.4/SR.3274, 23 décembre 2015, disponible sur http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/documentation/english/summary_records/a_cn4_sr3274.pdf&lang=EF, p. 12 ; M. FORTEAU, Représentant de la France, Provisional Summary Record of the 3275th Meeting (22 juillet 2015), Document A/CN.4/SR.3275, 22 septembre 2015, disponible sur http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/documentation/english/summary_records/a_cn4_sr3275.pdf&lang=EF, p. 4.

⁷³ C. Escobar Hernández, *supra* note 10, § 113.

⁷⁴ *Ibidem*.

⁷⁵ R. Kolodkin, *supra* note 24, § 29 ; G. P. Buzzini, *supra* note 8, p. 466.

⁷⁶ Signalons que cet acte privé sera attribuable à l'État en vertu de l'article 91 du Premier Protocole additionnel aux quatre Conventions de Genève de 1949 et de l'article 3 de la Convention IV de La Haye de 1907. Voy. Convention (IV) concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, signée à La Haye le 18

le combattant en mission de capture d'un ennemi qui commet un acte de viol devrait bénéficier d'une immunité fonctionnelle pour son acte *ultra vires* sous réserve d'une levée de son immunité par l'État qu'il représente au combat.

Deuxièmement, la fracture entre l'imputabilité au titre de la responsabilité internationale de l'État et le critère d'octroi de l'immunité *ratione materiae* à l'agent étatique pose aussi question relativement à l'article 10. La Rapporteuse spéciale de la Commission du droit international argue dans cette hypothèse que les actes des membres d'un mouvement insurrectionnel ne peuvent rétroactivement être considérés comme des actes de la fonction jouissant d'une protection immunitaire, d'autant plus s'ils ont été accomplis à l'encontre des autorités étatiques de l'époque.⁷⁷ Il est indéniable que les actes du mouvement insurrectionnel ont été accomplis par des particuliers n'exerçant aucune fonction officielle. Il s'agit donc bien à l'origine d'actes privés et non d'actes de la fonction. Néanmoins, la situation personnelle de certains membres du mouvement au moment d'éventuelles poursuites pénales attire l'attention. En effet, en raison « d'une continuité réelle et substantielle entre l'ancien mouvement insurrectionnel et le nouveau gouvernement qu'il a réussi à former », ⁷⁸ certains membres du premier font désormais partie du second et occupent dès lors des positions ministérielles. Il est vrai que les nouveaux chef d'État, Premier Ministre et ministre des Affaires étrangères jouissent d'une immunité personnelle et ne pourront dès lors pas être inquiétés pour les actes privés illicites qu'ils auraient perpétrés lors de la prise de pouvoir par leur mouvement insurrectionnel. Cependant, les autres ministres en fonction pourraient être poursuivis et condamnés pour ces mêmes actes. Cela pourrait représenter une bonne opportunité pour les autorités déchues et leurs partisans de démanteler le régime politique en place en poursuivant leur combat par l'intermédiaire des institutions judiciaires criminelles étrangères. La pertinence d'une immunité « fonctionnelle » couvrant les actes accomplis dans « l'exercice de leurs fonctions auprès du mouvement

octobre 1907, disponible sur <https://ihl-databases.icrc.org/dih-traites/INTRO/195>, article 3 ; Protocole additionnel (I) aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux, signé à Genève le 8 juin 1977, disponible sur <https://ihl-databases.icrc.org/dih-traites/INTRO/470>, article 91.

⁷⁷ C. Escobar Hernández, *supra* note 10, § 116.

⁷⁸ Commentaire des Articles de la Commission du droit international sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, 2001, disponible sur http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/french/commentaries/9_6_2001.pdf, article 10, § 7.

insurrectionnel » mériterait peut-être davantage de réflexion.

Notons enfin que, contrairement à ce que semble induire la Rapporteuse spéciale C. Escobar Hernández de la pratique étatique⁷⁹ et à l'opposé de ce qu'affirment certains États,⁸⁰ les mobiles du représentant ne devraient pas déteindre sur la nature de l'acte.⁸¹ En d'autres termes, un acte de la fonction ne devrait pas perdre sa nature officielle parce que le mobile du représentant était purement personnel. À titre d'exemple, si un combattant endetté participe à un raid destiné à éliminer un leader ennemi et profite de l'occasion pour tuer un de ces créanciers ayant rejoint l'opposition, ce dernier acte devrait s'assimiler à un acte de la fonction bien qu'il soit motivé par une raison personnelle. Tenir compte des mobiles de l'auteur de l'acte compliquerait d'ailleurs l'identification des actes de la fonction car il faudrait sonder les intentions des représentants de l'État. Par conséquent, soutenir l'existence d'une catégorie intermédiaire entre actes officiels et actes privés qui comprendrait des actes liés à l'exercice de la fonction mais largement inspirés par un intérêt personnel et en conséquence exclus du groupe des actes de la fonction⁸² ne paraît pas souhaitable.

En définitive, le concept d'acte de la fonction reste encore aujourd'hui « fuyant et complexe ». ⁸³ La juridiction nationale saisie assumera donc la lourde tâche de décider *in fine* si l'acte litigieux est un acte de la fonction du représentant, les déclarations de l'État représenté n'étant à cet égard pas juridiquement contraignantes pour elle.⁸⁴

3. Le champ d'application temporel des immunités coutumières

À l'instar du champ d'application personnel, le champ d'application temporel de l'immunité *ratione personae* est plus strict que celui de l'immunité fonctionnelle. L'immunité *ratione personae* profite aux hauts représentants à dater de leur entrée en fonction jusqu'au jour de la

⁷⁹ C. Escobar Hernández, *supra* note 10, §§ 113 et 119.

⁸⁰ Voy. par exemple S. Murase, Représentant du Japon, Provisional Summary Record of the 3275th Meeting (22 juillet 2015), Document A/CN.4/SR.3275, 22 septembre 2015, disponible sur http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/documentation/english/summary_records/a_cn4_sr3275.pdf&lang=EF, pp. 14 et 15.

⁸¹ R. Kolodkin, *supra* note 24, § 27.

⁸² J.-Y. De Cara, *supra* note 44, p. 88 ; C. Dominice, *supra* note 3, p. 304. Voy. aussi Résolution de l'Institut de Droit International sur les immunités de juridiction et d'exécution du chef d'État et de gouvernement en droit international, Session de Vancouver, 2001, disponible sur www.idil-iil.org, article 13, § 2.

⁸³ J. Salmon, *supra* note 52, p. 357.

⁸⁴ R. Kolodkin, *supra* note 32, § 30.

cessation de leurs fonctions.⁸⁵ Ces principes exigent un éclaircissement concernant les immunités diplomatiques et de missions spéciales. Dès lors que le diplomate ou le membre de mission spéciale exerce sa fonction sur le territoire d'un État étranger, son immunité existe au moment où, ayant été accepté par l'État accréditaire ou de réception, il arrive sur son territoire ; sa protection immunitaire cesse logiquement lorsqu'il quitte le territoire de cet État.⁸⁶ En cas de décès du diplomate avant la cessation de ses fonctions, son immunité empêchera encore toute enquête sur les circonstances de sa mort sauf si elle est levée par l'État qu'il représentait.⁸⁷

Au contraire, l'immunité fonctionnelle ne disparaît pas avec la cessation des fonctions. L'immunité *ratione materiae* bénéficie aux représentants pendant et après l'exercice de leurs fonctions et offre ainsi une protection continue. Puisque l'immunité fonctionnelle couvre les *actes* de la fonction, ces mêmes actes restent protégés malgré la cessation des fonctions.⁸⁸ Ne craignant pas de voir leur responsabilité engagée à la cessation de leurs fonctions, les représentants rempliront leurs devoirs plus librement et efficacement. Signalons que la subsistance immunitaire post-fonction requiert quand même la survie de l'État représenté.⁸⁹

Les deux formes d'immunité coexistent ainsi temporairement et se recoupent partiellement – concernant les actes de la fonction – dans le chef des membres de la triade, des diplomates et des membres de

⁸⁵ D. Terzian, « Personal Immunity and President Omar Al Bashir: An Analysis under Customary International Law and Security Council Resolution 1593 », *UCLA J. Int'l L. & Foreign Aff.*, 2011, Vol. 16, p. 287 ; A. Cassese (2002), *supra* note 11, p. 864 ; Commission du droit international (2013), *supra* note 19, § 49, commentaire du projet d'article 4, point 2 ; M. Benzing, *supra* note 42, pp. 201 et 203 ; A. KIYANI, *supra* note 43, p. 473.

⁸⁶ Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, article 39, §§ 1 et 2 ; Convention sur les missions spéciales, article 43, §§ 1 et 2. Voy. aussi M. Summers, « Diplomatic Immunity *Ratione Personae*: Did the International Court of Justice Create a New Customary Law Rule in *Congo v. Belgium* ? », *Mich. St. J. Int'l L.*, 2007, Vol. 16, p. 463.

⁸⁷ J. Salmon, *supra* note 3, p. 303.

⁸⁸ D. Akande, *supra* note 42, p. 412 ; P. Gaeta, « Official Capacity and Immunities », in A. Cassese, P. Gaeta et J. R.W.D. Jones (dir.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Vol. 1, Oxford, O.U.P., 2002, p. 975 ; V. Klinberg, « (Former) Heads of State before International(ized) Criminal Courts: The Case of *Charles Taylor* before the Special Court for Sierra Leone », *G.Y.I.L.*, 2003, Vol. 46, 2003, p. 544.

⁸⁹ J. Verhoeven, *supra* note 42, p. 98 ; S. WIRTH, « Immunity for Core Crimes? The ICJ's Judgment in the *Congo v Belgium* Case », *E.J.I.L.*, 2002, n° 4, p. 883 ; M. BENZING, *supra* note 42., p. 203.

missions spéciales pendant l'exercice de leurs fonctions.⁹⁰ Par contre, à la cessation de leurs fonctions, subsiste seule l'immunité fonctionnelle.⁹¹ Les anciens hauts représentants de l'État se retrouvent donc dans une position similaire à n'importe quel autre représentant ou ancien représentant de rang intermédiaire ou subalterne.⁹² En ce sens, chefs d'État et anciens chefs d'État connaissent un régime immunitaire différent.⁹³ Un chef d'État en fonction est doublement protégé par l'immunité personnelle et l'immunité fonctionnelle tandis qu'un ancien chef d'État ne jouit plus que de l'immunité fonctionnelle.⁹⁴

Ayant rappelé les grands traits du double régime coutumier et signalé l'imprécision frappant le champ d'application personnel de l'immunité *ratione personae* de même que le champ d'application matériel de l'immunité *ratione materiae*, il convient d'analyser l'impact qu'ont sur ces normes coutumières les crimes internationaux relevant de la compétence tant des juridictions nationales⁹⁵ que des juridictions pénales internationales à l'instar de la Cour pénale internationale.⁹⁶

⁹⁰ G. P. BUZZINI, *supra* note 8, p. 462 ; A. CASSESE (2002), *supra* note 11, p. 864 ; M. FRULLI, « Le droit international et les obstacles à la mise en œuvre de la responsabilité pénale pour crimes internationaux », in A. CASSESE et M. Delmas-Marty (dir.), *Crimes internationaux et juridictions internationales*, Paris, P.U.F., 2002, p. 217 ; Commission du droit international (2014), *supra* note 11, § 132, commentaire du projet d'article 2 (e), point 8.

⁹¹ J. Foakes, *supra* note 14, p. 81 ; R. van Alebeek, « The Pinochet Case: International Human Rights Law on Trial », *B.Y.B.I.L.*, 2000, Vol. 71, p. 48. Voy aussi Commission du droit international, Texte des projets d'article adoptés provisoirement par le Comité de rédaction à la 67^e session, *supra* note 63, projet d'article 6, § 3.

⁹² C. Escobar Hernández, *supra* note 10, § 131 et projet d'article 6, § 3.

⁹³ M. Cosnard, « Les immunités du chef d'État », in *Le chef d'État et le droit international : Colloque S.F.D.I. de Clermont-Ferrand*, Paris, Pedone, 2002, p. 195.

⁹⁴ C. Dominice, *supra* note 3, pp. 301 à 303.

⁹⁵ Des législations internes prévoient la compétence des tribunaux pénaux nationaux pour les crimes internationaux. En outre, le droit coutumier octroie aux États le droit de conférer à leurs juridictions une compétence universelle pour les crimes internationaux. Pour plus de développements sur ce point, voy. Partie II, 2, D.

⁹⁶ Outre la Cour pénale internationale, les tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda sont également tous deux compétents pour connaître de crimes de génocide, de crimes contre l'humanité et de crimes de guerre. Voy. Statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, annexe à la résolution 827 adoptée par le Conseil de sécurité des Nations Unies le 25 mai 1993, disponible sur www.icty.org, articles 2 à 5 ; Statut du Tribunal pénal international pour le Rwanda, annexe à la résolution 955 adoptée par le Conseil de sécurité des Nations Unies le 8 novembre 1994, disponible sur www.unict.org, articles 2 à 4.

II. Les immunités coutumières devant les juridictions nationales étrangères

Se caractérisant par une opposabilité *erga omnes*, l'immunité fonctionnelle, comme l'immunité personnelle des membres de la triade, peut être invoquée devant les juridictions nationales de tout État à l'exception de l'État d'origine du représentant.⁹⁷ Par contre, l'immunité personnelle des diplomates et membres de missions spéciales n'existe que vis-à-vis de leur État accréditaire ou de réception et des États tiers qu'ils traversent pour rejoindre leur poste ou retourner dans leur État.⁹⁸ L'opposabilité de principe des immunités coutumières aux juridictions nationales étrangères est toutefois de plus en plus bousculée par une réflexion sur l'existence, en droit international coutumier, d'une exception aux dites immunités dans l'hypothèse de crimes internationaux.

1. La non-immunité *per se* ou l'inutilité de plaider une exception aux immunités coutumières

Il est bon de garder à l'esprit que dans certains cas, les immunités ne s'appliquent pas et qu'il n'est dès lors pas nécessaire de s'interroger sur l'existence d'une éventuelle exception aux règles coutumières en raison de la perpétration soupçonnée d'un crime international. Il convient de distinguer la non-immunité *per se*, soit l'absence d'immunité pure et simple, de l'exception à la norme immunitaire qui devrait normalement profiter à son bénéficiaire.

En premier lieu, lorsque l'État du for a autorisé le séjour du représentant sur son territoire afin de réaliser une activité officielle déterminée mais n'a pas donné son accord à l'activité précise constitutive de l'infraction, le représentant ne bénéficiera pas de l'immunité *fonctionnelle* pour son activité illégale si celle-ci n'est pas ou peu liée à l'activité autorisée. De même, quand l'État du for n'a accepté ni la présence du représentant

⁹⁷ A. Cassese (2008), *supra* note 11, p. 304 ; P. Gaeta (2002), *supra* note 87, p. 975 ; R. van Alebeek, *supra* note 43, p. 275 ; R. Kolodkin, *supra* note 24, § 53. À propos de l'immunité fonctionnelle de l'ancien diplomate, voy. *contra* : Cour constitutionnelle fédérale (République fédérale d'Allemagne), *Affaire de l'ancien ambassadeur syrien auprès de la République Démocratique allemande*, 10 juin 1997, *I.L.R.*, Vol. 115, pp. 610 à 613. Pour rappel, les immunités pourraient ne pas pouvoir être invoquées en pratique si l'État du for ne reconnaît pas l'État représenté.

⁹⁸ Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, articles 31, § 1 et 40, § 1 ; Convention sur les missions spéciales, articles 31, § 1 et 42, § 1 ; E. David, *Éléments de droit pénal international et européen*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 87 ; R. van Alebeek, *supra* note 43, p. 275.

sur son territoire ni l'activité à l'origine de l'infraction, l'illégalité de la situation dudit représentant supprime pour lui le bénéfice de son immunité *ratione materiae* vis-à-vis de l'État du for, sans qu'une quelconque exception à son immunité ne doive être prouvée.⁹⁹ Classiquement, pareille hypothèse vise les activités d'espionnage, de sabotage et de kidnapping mais elle pourrait aussi viser les crimes internationaux.¹⁰⁰ Cette première hypothèse fait clairement écho à l'exception territoriale en matière d'immunité de l'État,¹⁰¹ expression que la Rapporteuse spéciale étend dans son cinquième rapport à l'immunité fonctionnelle des représentants de l'État.¹⁰² Notons qu'un doute subsiste quant à l'exclusion de cette dernière pour les crimes perpétrés en période de conflit armé alors qu'il n'est de nos jours plus discuté que l'exception territoriale à l'immunité de l'État ne s'applique pas durant cette période.¹⁰³

En second lieu, les immunités coutumières ne protègent pas contre *tout* acte du for. Restreignant la portée généreuse de l'immunité personnelle esquissée par la Cour suprême fédérale d'Allemagne dans

⁹⁹ R. Kolodkin, *supra* note 24, §§ 82 à 85 ; M. Wood, *supra* note 14, p. 48 ; R. Maison, « Immunités et tribunaux pénaux internationaux », in J. Verhoeven (dir.), *Le droit international des immunités : contestation ou consolidation ?*, Bruxelles, Larcier, 2004, pp. 196 et 197 ; Commission du droit international, Rapport de la 63^e session, 26 avril-3 juin et 4 juillet-12 août 2011, Document A/66/10, disponible sur www.un.org/law/ilc, § 137 ; R. van Alebeek, *supra* note 57, p. 17.

¹⁰⁰ Commission du droit international (2008), *supra* note 32, § 299 ; R. Kolodkin, *supra* note 24, § 85 ; J. Foakes, *supra* note 41, p. 13.

¹⁰¹ Voy. Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, signée à New York le 2 décembre 2004, disponible sur www.treaties.un.org, article 12.

¹⁰² Voy. not. C. Escobar Hernández, *supra* note 69, § 229 (sa conclusion sur le sujet). La Rapporteuse spéciale reprend cette hypothèse de non-application dans son projet d'article 7 mais ne mentionne pas la condition de l'absence de consentement de l'État du for. Voy. *Ibid.*, projet d'article 7, § 1, c). Le représentant chinois, H. Huang, s'est d'ailleurs interrogé sur la concordance entre l'hypothèse exposée par l'ancien Rapporteur spécial R. Kolodkin et l'exception territoriale exposée par la Rapporteuse spéciale C. Escobar Hernández. Voy. H. HUANG, Représentant chinois, Compte-rendu analytique provisoire de la 3330^e séance (28 juillet 2016), Document A/CN.4/SR3330, 26 septembre 2016, disponible sur http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/documentation/french/summary_records/a_cn4_sr3330.pdf&lang=F, p. 14.

¹⁰³ P. D'Argent, *supra* note 31, p. 251 ; *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenante))*, arrêt, C.I.J. Recueil 2012, p. 99, §§ 65 et suivants, spécialement § 77 ; Cour suprême (Grèce), *Germany v Margellos*, Petition for Cassation, 17 septembre 2002, *O.R.I.L.*, ILDC 87 (GR 2002), §§ 14 et 15.

l'affaire *Honecker*,¹⁰⁴ la Cour internationale de Justice a affirmé que celle-ci ne s'oppose qu'à « tout acte d'autorité de la part d'un autre État qui ferait obstacle à l'exercice [des] fonctions ».¹⁰⁵ Les deux types d'immunité coutumière protègent ainsi leurs bénéficiaires contre tout « acte d'autorité contraignant »,¹⁰⁶ soit toute mesure de procédure pénale qui leur impose une obligation juridique sanctionnée et les empêche d'accomplir leurs fonctions,¹⁰⁷ que le bénéficiaire lui-même soit ou non accusé d'un crime international. Cette limitation à la protection immunitaire s'applique tant aux immunités personnelle que fonctionnelle pourvu que les actes contraignants concernent des faits liés à l'exercice des fonctions du représentant.¹⁰⁸ Ainsi, contrairement à l'immunité personnelle, l'immunité fonctionnelle ne joue pas en cas de convocation à témoigner pour des faits accomplis à titre privé ou accomplis par des tiers, malgré le caractère contraignant de la mesure.¹⁰⁹ Par contre, elle s'applique à la convocation à témoigner pour un crime prétendument perpétré par le représentant lui-même dans l'exercice de ses fonctions,¹¹⁰ même s'il a agi *ultra vires*, ou pour une infraction commise par des tiers mais dont le représentant a eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions.¹¹¹ Lorsque l'immunité fonctionnelle d'un ancien représentant de l'État est en jeu, il n'y a, certes, plus de risque d'entrave à l'exercice de ses fonctions mais à défaut de protection immunitaire à la cessation de ses fonctions contre les actes d'autorité contraignants, celui-ci ne serait plus à même de s'acquitter librement et efficacement de ses fonctions lorsqu'il est en exercice.¹¹² En conclusion, si aucune mesure contraignante, à l'instar de la délivrance d'un mandat d'arrêt,¹¹³ ne peut être accomplie à l'encontre d'un représentant, les immunités ne joueront pas pour des mesures non contraignantes, telles que l'invitation à témoigner,¹¹⁴ et n'auront dès lors pas besoin d'être

¹⁰⁴ Cour suprême fédérale (République fédérale d'Allemagne), *Re Honecker*, 14 décembre 1984, *I.L.R.*, Vol. 80, p. 366.

¹⁰⁵ C.I.J., *République démocratique du Congo c. Belgique, préc.*, § 54.

¹⁰⁶ C.I.J., *Djibouti c. France, préc.*, § 170.

¹⁰⁷ R. Kolodkin, *supra* note 24, §§ 40 à 42.

¹⁰⁸ *Ibid.*, § 45.

¹⁰⁹ *Ibid.*, § 47.

¹¹⁰ C.I.J., *Djibouti c. France, préc.*, §§ 184 et 191. En l'espèce, la Cour internationale de Justice avait toutefois refusé de reconnaître l'immunité fonctionnelle des représentants djiboutiens parce que Djibouti n'avait jamais invoqué leur immunité devant les juridictions françaises (§ 196).

¹¹¹ R. Kolodkin, *supra* note 24, §§ 48 à 51.

¹¹² *Ibid.*, § 46.

¹¹³ C.I.J., *République démocratique du Congo c. Belgique, préc.*, point 2 des motifs.

¹¹⁴ C.I.J., *Djibouti c. France, préc.*, § 171.

écartées au motif d'une exception coutumière. L'État du for pourra donc commencer à rassembler des preuves sans se voir reprocher une violation des normes immunitaires.¹¹⁵

2. Vers la négation de l'immunité fonctionnelle face aux crimes les plus graves

Comme explicité précédemment, les représentants de l'État accusés d'avoir commis un ou plusieurs crimes internationaux jouissent à première vue d'une immunité *ratione materiae* contre toute mesure contraignante des autorités étrangères. Face à l'émergence depuis quelques décennies d'une véritable culture de lutte contre l'impunité, des arguments au soutien de la thèse de l'exception à l'immunité fonctionnelle en cas de crimes internationaux affluent en jurisprudence et en doctrine.

2.1. L'improbable nature privée du crime international

Puisque l'immunité *ratione materiae* couvre exclusivement les actes de la fonction, des partisans d'une exception coutumière en présence de crimes internationaux défendent l'idée que ces derniers ne sont pas constitutifs d'actes de la fonction. Déjà rencontrée sous la plume de plusieurs Lords à l'occasion de l'affaire *Pinochet*,¹¹⁶ cette idée fut reprise par la Cour d'appel d'Amsterdam dans l'affaire *Bouterse*.¹¹⁷ Les Pays-Bas ont récemment maintenu leur position dans leur note informative transmise à la Rapporteuse spéciale C. Escobar Hernández,

¹¹⁵ R. Kolodkin, *supra* note 24, § 43.

¹¹⁶ House of Lords, *Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, Ex Parte Pinochet Ugarte* (n° 1), 25 novembre 1998, *I.L.R.*, Vol. 119, *per* Lord Nicholls, p. 98 et *per* Lord Steyn, p. 105 ; House of Lords, *Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, Ex Parte Pinochet Ugarte* (n° 3), 24 mars 1999, *I.L.R.*, *per* Lord Hutton, pp. 115 et 116, et *per* Lord Browne-Wilkinson, pp. 154, 155 et 156 ; C. Warbrick, E. M. Salgado et N. Goodwin, « The Pinochet cases in the United Kingdom », *Y.I.H.L.*, 1999, Vol. 2, pp. 95 et 96 ; J. Bröhmer, « Immunity of a Former Head of State General Pinochet and the House of Lords: Part Three », *L.J.I.L.*, 2000, n° 1, p. 232 ; P. Burns et S. McBurney, « Impunity and the United Nations Convention Against Torture: A Shadow Play Without an Ending », in C. Scott (dir.), *Torture as Tort: Comparative Perspectives on the Development of Transnational Human Rights Litigation*, Oxford, Hart Publishing, 2001, p. 284.

¹¹⁷ Cour d'appel d'Amsterdam, *R. Wijngaarde et R. A. Hoost*, 20 novembre 2000, *N.Y.I.L.*, 2001, Vol. 32, § 4.2. Notons qu'en s'appuyant sur cette affaire ainsi que l'affaire *Pinochet*, certains membres de la Commission du droit international ont également accueilli favorablement ce point de vue. Voy. Commission du droit international (2011), *supra* note 32, § 131.

en référant l'arrêt rendu dans cette affaire.¹¹⁸ Une dénaturation de l'acte officiel s'opérerait donc en raison de son caractère criminel grave.¹¹⁹ Une relation de proportionnalité inversée s'observerait ainsi entre la probabilité qu'un acte relève des fonctions officielles de l'auteur et la gravité du caractère criminel de son acte.¹²⁰ Puisque le crime international se situerait en dehors du champ d'application matériel de l'immunité, il serait probablement plus juste d'y voir une nouvelle hypothèse d'absence d'immunité plutôt qu'une exception à l'immunité coutumière.

La Rapporteuse spéciale C. Escobar Hernández rejette à juste titre ce premier argument¹²¹ qui constitue une construction artificielle dénuée de fondement juridique.¹²² Le droit international ne peut corriger les attributions des représentants de l'État, qui relèvent du droit interne et, le cas échéant, du droit constitutionnel.¹²³ Bien qu'accompli en violation du droit international, un acte de la fonction est et demeure un acte de la fonction,¹²⁴ ce que Lord Slynn et Lord Lloyd ainsi que Lord Goff, Lord Hope et Lord Millet avaient indiqué dans les décisions rendues par la *House of Lords* lors de la saga *Pinochet*.¹²⁵ De plus, pareil argument pourrait être développé à l'infini : tout acte contraire au droit international, au-delà des seuls crimes de droit international, pourrait être assimilé à un acte privé.¹²⁶ Or, l'illicéité d'un acte accompli par un représentant ne suffit pas à l'exclure de ses fonctions,¹²⁷ pas plus

¹¹⁸ Note informative des Pays-Bas intitulée « Immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction », remise à la Commission du droit international en vue de sa 68^e session, disponible sur http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/sessions/68/pdfs/english/iso_netherlands.pdf&lang=E.

¹¹⁹ P.-M. Dupuy, *Droit international public*, 9^e éd., Paris, Dalloz, 2008, p. 573.

¹²⁰ J. Verhoeven, *supra* note 42, p. 107.

¹²¹ C. Escobar Hernández, *supra* note 69, § 125.

¹²² R. Kolodkin, *supra* note 24, § 61 ; J. Bröhmer (1999), *supra* note 14, p. 370.

¹²³ M. Cosnard, *supra* note 92, p. 243 ; C. Dominice, *supra* note 3, p. 305.

¹²⁴ C. Dominice, *supra* note 3, p. 305 ; C. Barker, « I. The Future of Former Head of State Immunity after *Ex Parte Pinochet* », *I.C.L.Q.*, Vol. 48, 1999, p. 943 ; E. H. Franey, *supra* note 14, p. 275.

¹²⁵ House of Lords, *Pinochet n° 1*, *préc.*, per Lord Slynn, p. 70 et per Lord Lloyd, pp. 83 et 84 ; House of Lords, *Pinochet n° 3*, *préc.*, per Lord Goff, pp. 162, 165 et 169, per Lord Hope, p. 197 et per Lord Millet, p. 224. Voy. aussi House of Lords, *Jones v. Ministry of the Interior of the Kingdom of Saudi Arabia and Another*, 14 juin 2006, *I.L.R.*, Vol. 129, per Lord Hoffman, § 85 ; District Court for the District of Columbia, *Balcerio Giraldo and Others v. Drummond Company Incorporated and Others*, Decision on Motion to Compel Testimony, 8 septembre 2011, *O.R.I.L.*, ILDC1835 (US 2011), §§ 8 et 10.

¹²⁶ J. Bröhmer (2000), *supra* note 115, p. 233.

¹²⁷ J. Verhoeven, *supra* note 42, p. 107. Voy. aussi H. Huang, *supra* note 101, p. 11.

que le degré d'emprunt de criminalité ne permet de différencier les crimes sur le plan de leur caractère officiel.¹²⁸ L'adjectif « officiel » n'est pas synonyme de licite ou de permis. Si le champ d'application matériel de l'immunité fonctionnelle se réduisait aux actes officiels légaux ou autorisés, l'immunité elle-même serait sans intérêt.¹²⁹ En effet, il est peu probable « que des actions soient introduites contre un défendeur pour lui reprocher de s'être conformé au droit ».¹³⁰ En outre, la commission d'un crime international requiert souvent le soutien d'une infrastructure étatique.¹³¹ Les représentants de l'État parviennent à leurs fins criminelles grâce à leur position et leur rang.¹³² Par ailleurs, l'immunité sera bien souvent invoquée à un stade de la procédure où l'illégalité de l'acte litigieux n'aura pas encore été établie.¹³³ Enfin, cet argument soulève une énième difficulté non négligeable pour les victimes : nier la nature officielle du crime international décharge l'État de toute responsabilité puisqu'il ne peut être rendu responsable d'un acte privé d'un de ses représentants.¹³⁴

¹²⁸ J.-Y. De Cara, *supra* note 44, p. 91 ; R. Kolodkin, *supra* note 24, § 61.

¹²⁹ D. Akande et S. Shah, « Immunities of State Officials, International Crimes and Foreign Domestic Courts: A Rejoinder to Alexander Orakhelashvili », *E.J.I.L.*, 2011, n° 3, p. 859 ; Y. Naqvi, *Impediments to Exercising Jurisdiction over International Crimes*, La Haye, T.M.C. Asser Press, 2010, p. 281 ; Cour constitutionnelle fédérale (République fédérale d'Allemagne), *Affaire de l'ancien ambassadeur syrien*, *préc.*, p. 607.

¹³⁰ J. Verhoeven, *supra* note 20, § 20.

¹³¹ A. Bellal, *supra* note 14, pp. 212 et 213 ; C. McLachlan, « Pinochet Revisited », *I.C.L.Q.*, 2002, Vol. 51, p. 962 ; C. Van den Wyngaert, *supra* note 21, § 36 ; D. Akande et S. Shah, *supra* note 14, p. 832 ; P. D'Argent, « Monsieur Sharon et ses juges belges », note sous Cass. (2^e ch.), 12 février 2003, *J.T.*, 2003, p. 250. Voy. aussi C. Escobar Hernández, *supra* note 69, § 124 ; H. Huang, *supra* note 101, p. 11.

¹³² A. Cassese (2002), *supra* note 11, p. 868 ; Commission du droit international, Rapport de la 48^e session, 6 mai-26 juillet 1996, Document A/51/10, disponible sur www.un.org/law/ilc, § 50, commentaire de l'article 7 du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, point 1.

¹³³ D. Akande et S. Shah, *supra* note 14, p. 830. Pour un argument similaire à propos de l'immunité de l'État, voy. C.I.J., *Allemagne c. Italie*, *préc.*, § 82.

¹³⁴ R. van Alebeek, *supra* note 43, p. 146 ; C. Barker, *supra* note 123, p. 943 ; P. D'Argent, *supra* note 31, p. 252, note de bas de page n° 45 ; R. Cryer, H. Friman, D. Robinson et E. Wilmschurst, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, Cambridge, C.U.P., 2010, p. 540 ; D. S. Koller, « Immunity of Foreign Ministers: Paragraph 61 of the *Yerodia* Judgment as it Pertains to the Security Council and the International Criminal Court », *Am. U. Int'l L. Rev.*, 2004, Vol. 20, p. 29 ; S. WIRTH, *supra* note 88, p. 891 ; M. Spinedi, « State Responsibility v. Individual Responsibility for International Crimes: *Tertium non Datur?* », *E.J.I.L.*, 2002, n° 4, pp. 898 et 899. Voy. aussi C. Escobar Hernández, *supra* note 69, § 125.

2.2. L'impossible primauté du *ius cogens* substantiel sur l'immunité fonctionnelle

Selon un deuxième argument doctrinal et jurisprudentiel, les normes impératives proscrivant les crimes internationaux l'emporteraient sur la norme immunitaire supplétive.¹³⁵ Ainsi, les normes interdisant la perpétration de crimes internationaux seraient des normes impératives de droit international général, dites normes de *ius cogens*.¹³⁶ Ces dernières sont, dans l'ordre juridique international, hiérarchiquement supérieures à toute autre norme, notamment à la norme immunitaire fonctionnelle qui n'est pas une norme impérative de droit international.¹³⁷ Ce point de vue attrayant a été adopté par la Cour de cassation italienne dans les affaires *Ferrini* et *Lozano*.¹³⁸ Par ailleurs, plusieurs juges internationaux

¹³⁵ A. Orakhelashvili, « Immunities of State Officials, International Crimes, and Domestic Courts: A Reply to Dapo Akande and Sangeeta Shah », *E.J.I.L.*, 2011, n° 3, p. 849 ; A. Orakhelashvili, « State Immunity in National and International Law: The Three Recent Cases Before the European Court of Human Rights », *L.J.I.L.*, 2002, n° 3, pp. 712 et 714 ; A. Bianchi, « Immunity versus Human Rights: The *Pinochet* Case », *E.J.I.L.*, 1999, n° 2, pp. 265 et 277.

¹³⁶ Pour une définition de la notion de *ius cogens*, voy. Convention de Vienne sur le droit des traités, signée à Vienne le 23 mai 1969, disponible sur <https://textesdipannotes.files.wordpress.com>, article 53.

¹³⁷ T. Stein, « Limits of International Law Immunities for Senior State Officials in Criminal Procedure », in C. Tomuschat et J.-M. Thouvenin (dir.), *The Fundamental Rules of the International Legal Order: Ius Cogens and Obligations Erga Omnes*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, p. 249 ; P. D'Argent, *supra* note 130, p. 251 ; M. Kamto, « Une troublante « immunité totale » du ministre des affaires étrangères », *R.B.D.I.*, 2002, n°s 1-2, p. 528.

¹³⁸ Cour de cassation (Italie), *Ferrini c. République fédérale d'Allemagne*, 11 mars 2004, *I.L.R.*, Vol. 128, §§ 9, 9.1 et 10.2 ; Cour de cassation (Italie), *Lozano (Mario Luiz) c. Italie*, 24 juillet 2008, *O.R.I.L.*, ILDC 1085 (IT 2008), § 6 ; P. DE SENA et F. DE VITTOR, « State Immunity and Human Rights: The Italian Supreme Court Decision on the *Ferrini* Case », *E.J.I.L.*, 2005, n° 1, pp. 100 et 101 ; P. PALCHETTI, Analyse de la décision de la Cour de cassation italienne *Lozano (Mario Luiz) c. Italie*, 23 octobre 2008, *O.R.I.L.*, ILDC 1085 (IT 2008), § 3. Dans l'affaire *Ferrini*, la Cour de cassation italienne traite de la question de l'immunité de la République fédérale d'Allemagne, c'est-à-dire de l'immunité de l'État, tandis que dans l'affaire *Lozano*, la Cour traite de l'immunité fonctionnelle d'un soldat américain. La jurisprudence *Ferrini* fut confirmée ultérieurement. Voy. par exemple Cour de cassation (Italie), *Germany v. Mantelli and Others*, Preliminary Order on Jurisdiction, 29 mai 2008, *O.R.I.L.*, ILDC 1037 (IT 2008), § 11 ; Cour de cassation (Italie), *Germany v. Milde (Max Josef)*, Appeal judgment, 13 janvier 2009, *O.R.I.L.*, ILDC 1224 (IT 2009), §§ 4 et 6. Dans le sens de l'écartement de l'immunité pour violation d'une norme de *ius cogens*, voy. aussi District Court for the Eastern District of Virginia, *Warfaa v. Ali*, Trial Court Judgment, 29 juillet 2014, *O.R.I.L.*, ILDC 2253 (US 2014), § 17 ; Cour suprême (Canada), *Estate of the late Zahara (Ziba) Kazemi and Hashemi v. Iran and Others*, Final appeal, 10

se sont ralliés à cette théorie de la hiérarchie des normes, notamment A. Al-Khasawneh, dans son opinion dissidente à l'arrêt de la Cour internationale de Justice dans l'affaire du *Mandat d'arrêt*¹³⁹ ainsi que C. Rozakis et L. Caffisch, dans leur opinion dissidente à l'arrêt *Al-Adsani* rendu par la Cour européenne des droits de l'homme.¹⁴⁰

Ce deuxième argument fut rejeté par la *House of Lords* dans l'affaire *Jones*, par la *High Court* de Nouvelle-Zélande dans l'affaire *Fang*, par la *Court of Appeal* australienne dans l'affaire *Cuiying Zhang* et par les juridictions canadiennes dans l'affaire *Bouzari*.¹⁴¹ Le Royaume-Uni et la Chine ont récemment réitéré leur opposition audit argument, respectivement dans un rapport soumis à la Commission du droit international en vue de sa 68^e session¹⁴² et lors de la 3330^e séance de ladite Commission.¹⁴³ Quatre contre-arguments viennent immédiatement à l'esprit. Premièrement, l'application de la théorie de la hiérarchie des normes implique logiquement l'écartement de *toutes* les immunités

octobre 2014, *O.R.I.L.*, ILDC 1721 (CA 2014), § 103 (qui ne retient l'argument que pour les seules affaires pénales) ; United States Court of Appeals, *Yousuf and Others v. Samantar*, Appeal judgment, 2 novembre 2012, *O.R.I.L.*, ILDC 1958 (US 2012), §§ 32 à 35 ; Cour de cassation (Italie), '*Podrute Massacre case*', *Opačić*, Final appeal judgment, 29 octobre 2015, *O.R.I.L.*, ILDC 2536 (IT 2015), § 5.2.4.

¹³⁹ A. Al-Khasawneh, Opinion dissidente, *République démocratique du Congo c. Belgique*, 14 février 2002, disponible sur www.icj-cij.org, § 7.

¹⁴⁰ C. Rozakis et L. Caffisch, Opinion dissidente commune, *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, 21 novembre 2001, disponible sur www.echr.coe.int, §§ 3 et 4. Notons que cette affaire portait sur l'immunité de l'État et non celle du représentant de l'État.

¹⁴¹ House of Lords, *Jones, préc.*, per Lord Bingham, § 24 et per Lord Hoffman, § 49 ; High Court (Nouvelle-Zélande), *Fang and Others v. Jiang Zemin and Others*, 21 décembre 2006, *I.L.R.*, Vol. 141, §§ 65, 71 et 72 ; New South Wales Court of Appeal (Australie), *Cuiying Zhang v. Jiang Zemin and Others*, Appeal Judgment, 5 octobre 2010, *O.R.I.L.*, ILDC 2024 (AU 2010), §§ 120 et 121 ; Ontario Court of Appeal, *Bouzari and Others v. Islamic Republic of Iran*, 30 juin 2004, *I.L.R.*, Vol. 128, §§ 88 et 95 ; Ontario Superior Court of Justice, *Bouzari and Others v. Islamic Republic of Iran*, 1^{er} mai 2002, *I.L.R.*, Vol. 124, § 63, qui sont toutefois des affaires civiles et non pénales. En ce sens, voy. aussi United States Court of Appeals, *Matar and Others v. Dichter*, Appeal decision, 16 avril 2009, *O.R.I.L.*, ILDC 1392 (US 2009), § 19 ; District Court for the Eastern District of New York, *Rosenberg and Others v. Lashkar-e-Taiba and Others*, Trial judgment, 30 septembre 2013, *O.R.I.L.*, ILDC 2223 (US 2013), § 21 ; District Court for the Southern District of New York, *Devi and Sivam v. Silva*, Trial Judgment, 9 avril 2012, *O.R.I.L.*, ILDC 2781 (US 2012), §§ 20 et 21.

¹⁴² Note d'information du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord intitulée « Immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction », remise en vue de la 68^e session de la Commission du droit international, disponible sur http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/sessions/68/pdfs/english/iso_uk.pdf&lang=E.

¹⁴³ H. Huang, *supra* note 101, p. 11.

des représentants étatiques et des États car les règles immunitaires sont toutes supplétives.¹⁴⁴ Pourtant, l'immunité personnelle des représentants de l'État est largement maintenue.¹⁴⁵ En outre, certaines juridictions nationales,¹⁴⁶ de même que la Cour européenne des droits de l'homme,¹⁴⁷ ont clairement réfuté l'argument quant à l'immunité de l'État. Deuxièmement, le conflit entre *ius cogens* et immunité fonctionnelle est un *non sequitur*.¹⁴⁸ Il n'y a pas de conflit entre une règle immunitaire qui relève du droit procédural – et n'affecte pas la criminalisation des comportements litigieux ni ne préjuge de l'examen de leur caractère licite ou illicite – et une interdiction impérative de commettre un crime international qui constitue du droit substantiel.¹⁴⁹ Dans l'arrêt *Allemagne c. Italie* qui traitait de l'immunité de l'État, la Cour internationale de Justice a relevé que « les règles qui déterminent la portée et l'étendue de la juridiction, ainsi que les conditions dans lesquelles cette juridiction peut être exercée, ne dérogent pas aux règles de nature matérielle ayant valeur de *ius cogens*, et il n'est rien d'intrinsèque à la notion de *ius cogens* qui imposerait de les modifier ou d'en écarter l'application ». ¹⁵⁰

La Rapporteuse spéciale C. Escobar Hernández refuse curieusement de transposer cette conclusion de la Cour internationale de Justice à l'immunité *ratione materiae* des agents étatiques au motif que cette dernière constitue bien dans certaines hypothèses un obstacle de fond.¹⁵¹ Notre point de vue ne converge pas avec celui de l'experte onusienne.

¹⁴⁴ R. Kolodkin, *supra* note 24, § 67 ; C. Warbrick, E. M. Salgado et N. Goodwin, *supra* note 115, p. 107 ; Y. Naqvi, *supra* note 128, p. 270.

¹⁴⁵ Voy. *Infra* Partie II, point 3.

¹⁴⁶ Voy. par exemple United States Court of Appeals, 9^e Circuit, *Siderman de Blake and Others v. The Republic of Argentina and Others*, 22 mai 1992, *I.L.R.*, Vol. 103, pp. 473 et 474, où la Cour d'appel rejette effectivement l'argument fondé sur la hiérarchie des normes mais en vertu du *Foreign Sovereign Immunities Act* de 1976 ; Cour suprême fédérale (République fédérale d'Allemagne), *Citoyens grecs c. République fédérale d'Allemagne*, Affaire du massacre de Distomo, 26 juin 2003, *I.L.R.*, Vol. 129, p. 560, partie I, § 2 (b).

¹⁴⁷ C.E.D.H., *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, 21 novembre 2001, Arrêt, disponible sur www.echr.coe.int, § 61 ; C.E.D.H., *Jones e.a. c. Royaume-Uni*, 14 janvier 2014, Arrêt, disponible sur www.echr.coe.int, §§ 195 et 198 ; C.E.D.H., *A. Kalogeropoulou e.a. c. Grèce et Allemagne*, 12 décembre 2002, Décision sur la recevabilité de la requête n° 59021/00, disponible sur www.echr.coe.int, pp. 9 et 10.

¹⁴⁸ A. Gattini, « War Crimes and State Immunity in the *Ferrini* Decision », *J.I.C.J.*, 2005, n° 3, p. 236.

¹⁴⁹ R. Kolodkin, *supra* note 24, § 64 ; C.I.J., *Allemagne c. Italie*, *préc.*, § 93.

¹⁵⁰ C.I.J., *Allemagne c. Italie*, *préc.*, § 95.

¹⁵¹ C. Escobar Hernández, *supra* note 69, § 205.

Comme indiqué en introduction de cet article, les normes immunitaires constituent des exceptions procédurales d'irrecevabilité¹⁵² et ne touche en rien au fond de l'affaire. Si elles interdisent de perpétrer des crimes internationaux, les normes de *ius cogens* n'entraînent donc pas pour autant la non-application des règles de droit international relatives aux poursuites lorsque de tels crimes sont commis.¹⁵³ En fait, postuler l'existence d'un conflit nécessite d'admettre que la norme de droit substantiel entraîne une norme secondaire de droit procédural, relevant elle-même du *ius cogens* et faisant exception à l'immunité.¹⁵⁴ D. Akande et S. Shah, particulièrement critiques, considèrent ainsi que, pour qu'il y ait pareil conflit, la norme substantielle de *ius cogens* devrait s'accompagner d'une obligation de poursuivre le crime, obligation qui elle-même relèverait du *ius cogens*, ce qui ne semble pas être le cas à l'heure actuelle.¹⁵⁵ Troisièmement, la question de l'immunité se posera de nouveau à un moment où les juridictions n'auront pas encore établi que les faits constituent un crime international relevant du *ius cogens*.¹⁵⁶ Quatrièmement, l'incertitude quant à la portée et au contenu du *ius cogens* ne facilite pas l'application de la théorie de la hiérarchie des normes par les tribunaux nationaux.¹⁵⁷ Il est aujourd'hui chimérique d'affirmer que toute règle condamnant un crime international relève du *ius cogens*.¹⁵⁸ Dès lors, même à admettre l'argument, il n'en

¹⁵² C. Dominice, *supra* note 3, p. 299 ; E. Denza, *supra* note 3, p. 311 ; J. Salmon, *supra* note 3, p. 300 ; R. Kolodkin, *Rapport préliminaire sur l'immunité des représentants de l'État de la juridiction pénale étrangère*, *supra* note 3, §§ 64, 65 et 66.

¹⁵³ R. Cryer, H. Friman, D. Robinson et E. Wilmshurst, *supra* note 133, p. 532.

¹⁵⁴ House of Lords, *Jones*, *préc.*, per Lord Hoffman, § 45 ; L. M. Caplan, « State Immunity, Human Rights and *Ius Cogens*: A Critique of the Normative Hierarchy Theory », *A.J.I.L.*, 2003, n° 4, p. 772.

¹⁵⁵ D. Akande et S. Shah, *supra* note 14, p. 834. Voy. aussi Y. Naqvi, *supra* note 128, pp. 275 et 276.

¹⁵⁶ P. D'Argent, *supra* note 31, p. 258, spéc. note de bas de page n° 60 ; C.I.J., *Allemagne c. Italie*, *préc.*, § 82. Voy. aussi District Court for the District of Columbia, *Balcerio Giraldo and Others v. Drummond Company Incorporated and Others*, *préc.*, § 10.

¹⁵⁷ L. M. Caplan, *supra* note 153, pp. 772 et 773 ; J. Bröhmer, *State Immunity and the Violation of Human Rights*, La Haye, Kluwer Law International, 1997, pp. 146 et 147.

¹⁵⁸ R. Cryer, *Prosecuting International Crimes: Selectivity and the International Criminal Law Regime*, Cambridge, C.U.P., 2005, p. 87. Voy. *contra* : T.P.I.Y., Chambre de première instance, Affaire n° IT-95-16-T, Z. Kupreškić, M. Kupreškić, V. Kupreškić, D. Josipović, D. Papić et V. Santić, 14 janvier 2000, Jugement, disponible sur <http://www.icty.org/>, § 520 : « En outre, la plupart des normes du droit international humanitaire, notamment celles qui prohibent les crimes de guerre, les crimes contre l'humanité et le génocide, sont des normes impératives du droit international ou *jus cogens*, c'est-à-dire qu'elles sont impératives et

résulterait pas pour autant une absence générale d'immunité lors de la commission de crimes internationaux, ce que reconnaissent d'ailleurs certains partisans de ce deuxième argument.¹⁵⁹

2.3. L'invocation inutile de la responsabilité individuelle du représentant de l'État

Un troisième argument s'appuie sur le fondement de l'immunité fonctionnelle. Cette dernière s'explique par le fait que les actes officiels du représentant de l'État sont des actes de l'État lui-même de sorte que la responsabilité incombe à ce dernier. Or, en présence de crimes internationaux, toute personne, y compris les représentants de l'État, assume une responsabilité individuelle pour les crimes qu'elle commettrait.¹⁶⁰ Ceux-ci ne seraient plus imputables à l'État mais au seul représentant.¹⁶¹ En conséquence, la règle immunitaire ne se justifierait plus.¹⁶² L'immunité *ratione materiae* serait directement affectée par les règles de la responsabilité individuelle du représentant pour un crime attribuable à l'État et de la non-pertinence de la qualité officielle. Admettre le principe de responsabilité individuelle pour un crime perpétré dans l'exercice de la fonction s'apparenterait à une mise à l'écart collective et *a priori* de l'immunité fonctionnelle.¹⁶³ Dès lors, « l'immunité fonctionnelle s'arrête[rait] où commence la responsabilité individuelle ». ¹⁶⁴ De plus, selon le principe *lex posterior*, l'ancienne règle immunitaire qui tendait à la non-responsabilité du représentant protégé devrait s'incliner devant le nouveau principe qui attribue le crime international au représentant.¹⁶⁵

Le raisonnement semble tout aussi erroné que les précédents. Au prétexte de préserver l'utilité de la criminalisation d'un acte, l'absence d'immunité est erronément déduite de la responsabilité pour l'acte criminel.¹⁶⁶ Un acte de la fonction est, certes, attribuable à l'État mais l'est *toujours* aussi au représentant lui-même.¹⁶⁷ Comme l'a rappelé

qu'on ne saurait y déroger ».

¹⁵⁹ A. Orakhelashvili (2011), *supra* note 134, p. 851.

¹⁶⁰ D. Akande, *supra* note 43, p. 415 ; D. Akande, « The Jurisdiction of the International Criminal Court over Nationals of Non-Parties: Legal Basis and Limits », *J.I.C.J.*, 2003, n° 1, p. 639.

¹⁶¹ M. Frulli (2002), *supra* note 89, p. 224 ; H. FOX (2009), *supra* note 5, § 30.

¹⁶² D. Akande et S. Shah, *supra* note 14, p. 840.

¹⁶³ R. van Alebeek, *supra* note 43, p. 241.

¹⁶⁴ *Ibidem*.

¹⁶⁵ D. Akande et S. Shah, *supra* note 14, p. 840.

¹⁶⁶ M. Cosnard, *supra* note 92, p. 228.

¹⁶⁷ R. Kolodkin, *supra* note 3, § 89 ; R. Kolodkin (2010), *supra* note 24, § 62.

la Cour internationale de Justice dans l'affaire du *Mandat d'arrêt*, l'immunité ne s'identifie pas à l'impunité et n'exonère pas de la responsabilité.¹⁶⁸ L'immunité fonctionnelle s'oppose à la *mise en cause* de la responsabilité pénale individuelle de son bénéficiaire¹⁶⁹ mais ne la supprime pas. Dès lors, responsabilité n'est logiquement pas synonyme de non-immunité. Si c'était le cas, dès lors que le représentant peut toujours être rendu responsable de son acte officiel attribuable à l'État, l'immunité fonctionnelle ne serait en réalité jamais applicable.¹⁷⁰

2.4. La non-pertinence de la compétence universelle des tribunaux nationaux

Un argument supplémentaire favorable à l'existence d'une exception coutumière repose sur la non-compatibilité de la reconnaissance d'une compétence universelle aux juridictions internes avec l'octroi de l'immunité *ratione materiae* au représentant soupçonné d'avoir commis un crime international. La compétence universelle peut se définir comme la compétence pénale « *based solely on the nature of the crime, without regard to where the crime was committed, the nationality of the alleged or convicted perpetrator, the nationality of the victim, or any other connection to the state exercising such jurisdiction* ». ¹⁷¹ Sous peine de se montrer incohérent, le droit international ne pourrait donc à la fois autoriser les États à doter leurs juridictions nationales d'une compétence universelle pour les crimes internationaux accomplis en qualité officielle (en particulier lorsque cette qualité constitue un élément matériel du crime¹⁷²) et obliger ces mêmes juridictions à octroyer l'immunité fonctionnelle au représentant accusé.¹⁷³ Le principe *lex posterior* permettrait à nouveau de résoudre le conflit entre la norme coutumière immunitaire et la norme conventionnelle ou coutumière de compétence universelle. La seconde, plus récente, prend le pas sur la première, plus ancienne.¹⁷⁴ L'existence d'une compétence universelle pour juger les

¹⁶⁸ C.I.J., *République démocratique du Congo c. Belgique, préc.*, § 60.

¹⁶⁹ M. Cosnard, *supra* note 92, p. 228. Voy. aussi B. Baban, *supra* note 14, p. 308.

¹⁷⁰ R. Kolodkin, *supra* note 24, p. 39, note bas de page n° 140.

¹⁷¹ Princeton Principles on Universal Jurisdiction, adoptés à l'Université de Princeton du 25 au 27 janvier 2001, disponible sur <https://lapa.princeton.edu>, principe 1, § 1.

¹⁷² Voy. Convention contre la torture, et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, signée à New York le 14 décembre 1984, disponible sur www.ohchr.org, article 1^{er}. La torture est définie comme l'« acte par lequel une douleur ou des souffrances [...] sont infligées 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 ».

¹⁷³ D. Akande, *supra* note 43, p. 415 ; *supra* note 159, p. 639.

¹⁷⁴ D. Akande et S. Shah (2011), *supra* note 128, pp. 860 et 861 ; D. Akande et S.

crimes internationaux impliquerait ainsi une exception à l'immunité fonctionnelle en présence de tels crimes. La jurisprudence nationale britannique, à travers l'incontournable affaire *Pinochet*, a offert une application pratique et concrète de la thèse basée sur la compétence universelle. Lord Browne-Wilkinson, Lord Phillips et Lord Hope¹⁷⁵ ont privé le général chilien de son immunité fonctionnelle au motif que la Convention contre la torture¹⁷⁶ accorde la compétence universelle à la *House of Lords* pour connaître de ses actes de torture.

L'argument a le mérite de prétendre créer une exception coutumière applicable à tous les crimes internationaux. En effet, même s'il n'existe pas de conventions instaurant une compétence universelle pour chacun des crimes internationaux, le droit coutumier n'interdit pas aux États de donner compétence universelle à leurs tribunaux nationaux en présence de tels crimes.¹⁷⁷ Néanmoins, la compétence universelle ne justifie pas une exception à l'immunité coutumière.¹⁷⁸ La Cour internationale de Justice a pertinemment rappelé, dans l'affaire du *Mandat d'arrêt*, que compétence n'équivaut pas à absence d'immunité.¹⁷⁹ Attribuer une compétence universelle aux juridictions nationales ne leur rend pas inopposable l'immunité fonctionnelle des représentants. L'immunité fonctionnelle n'affecte pas en soi la compétence universelle mais l'*exercice* de celle-ci par les tribunaux.

2.5. L'incompatibilité acceptable de l'obligation de poursuivre ou d'extrader (*aut dedere, aut iudicare*) avec l'immunité *ratione materiae*

Un cinquième argument, proche du précédent, s'appuie non plus sur un droit de poursuite conféré par le principe de compétence universelle, mais bien sur une *obligation* de poursuite. Certaines conventions internationales instaurent en effet une obligation de poursuivre ou

Shah (2010), *supra* note 14, pp. 841, 843 et 844.

¹⁷⁵ Voy. House of Lords, *Pinochet n° 3, préc.*, *per* Lord Browne-Wilkinson, pp. 156 et 157, *per* Lord Phillips, p. 244 et *per* Lord Hope, pp. 200 et 201.

¹⁷⁶ Convention contre la torture, *supra* note 171, article 5, § 2.

¹⁷⁷ R. Higgins, P. Kooijmans et T. Buergenthal, Opinion individuelle commune, *République démocratique du Congo c. Belgique*, 14 février 2002, disponible sur www.icj-cij.org, § 59 ; R. CRYER, *supra* note 157, pp. 87, 89 et 93 ; A. Bianchi, *supra* note 134, p. 274 ; Résolution de 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, Session de Cracovie, 2005, disponible sur www.idil-iil.org, §§ 2 et 3 (a). Voy. *contra* : J.-Y. De Cara, *supra* note 32, pp. 75 et 99.

¹⁷⁸ Institut de Droit International (2005), *supra* note 176, § 6.

¹⁷⁹ C.I.J., *République démocratique du Congo c. Belgique, préc.*, § 59 ; R. Kolodkin, *supra* note 24, § 77.

d'extrader à charge des États Parties. Or, le droit international se montrerait totalement contradictoire d'exiger d'un État qu'il poursuive ou extrade un criminel *et* qu'il respecte l'immunité fonctionnelle illimitée dans le temps de celui-ci, empêchant à jamais poursuites ou extradition.¹⁸⁰ Les conventions écarteraient dès lors, dans le chef du représentant d'un État Partie, l'immunité de juridiction pénale d'un autre État Partie dans la mesure où les États Parties se sont eux-mêmes accordés sur le fait qu'ils doivent exercer leur pouvoir de juridiction, ce qui n'est légalement possible que si l'immunité disparaît.¹⁸¹ Dans la troisième décision de la *House of Lords* dans l'affaire *Pinochet*, Lord Saville et Lord Millet paraissaient défendre cette incompatibilité entre l'obligation – et non la simple faculté – de poursuite tirée de la Convention contre la torture¹⁸² et l'immunité fonctionnelle de l'ancien Président de telle sorte que cette dernière ne s'appliquait pas en l'espèce.¹⁸³ Distinguant l'affaire civile *Jones* qu'il avait à juger de l'affaire pénale *Pinochet*, Lord Bingham a expliqué qu'il voyait dans cet argument la justification principale de la décision *Pinochet*.¹⁸⁴ Enfin, dans l'affaire *Belgique c. Sénégal* – deux États Parties à la Convention contre la torture –, la Cour internationale de Justice a conclu que le Sénégal violait son obligation de poursuivre ou d'extrader H. Habré, ancien Président tchadien, sans dire mot de l'immunité *ratione materiae* de ce dernier.¹⁸⁵ La Cour aurait donc implicitement accepté en 2012 que l'existence de ladite obligation forme une exception à l'immunité fonctionnelle des représentants de l'État.¹⁸⁶ D'autant plus que l'État tchadien n'a jamais prétendu que son représentant bénéficiait d'une immunité fonctionnelle.¹⁸⁷

Même s'il est vrai que la Cour internationale de Justice a conclu en 2002 dans l'affaire du *Mandat d'arrêt* que les immunités subsistent lorsque des juridictions sont contraintes d'exercer leur compétence en

¹⁸⁰ P. D'Argent, *supra* note 31, pp. 253 et 265 ; Y. Naqvi, *supra* note 128, p. 254.

¹⁸¹ P. D'Argent, *supra* note 31, pp. 254, 262 et 263.

¹⁸² Convention contre la torture, *supra* note 171, article 7, § 1.

¹⁸³ House of Lords, *Pinochet* n° 3, *préc.*, *per* Lord Saville, pp. 219 et 220, et *per* Lord Millet, pp. 231 et 232.

¹⁸⁴ House of Lords, *Jones*, *préc.*, *per* Lord Bingham, § 19. Signalons que la Cour de cassation belge semble même, pour sa part, avoir admis l'argument à l'égard de l'immunité personnelle. Voy. Cass. (2^e ch), *Hijazi Samila et crts c. Sharon et Yaron*, 12 février 2003, *J.T.*, 2003, p. 247 ; P. D'Argent, *supra* note 130, p. 251.

¹⁸⁵ *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2012, p. 422, § 197.

¹⁸⁶ P. D'Argent, *supra* note 31, p. 258.

¹⁸⁷ *Ibid.*, p. 257.

vertu d'une obligation de poursuivre ou d'extrader,¹⁸⁸ il serait fâcheux d'admettre que les États Parties puissent *légalement* et *de bonne foi* invoquer l'immunité de leurs représentants et ainsi empêcher les juridictions d'autres États Parties d'exercer leur compétence alors qu'ils ont eux-mêmes accepté le caractère obligatoire des poursuites.¹⁸⁹ Néanmoins, bien que l'argument soit séduisant, le droit international coutumier ne semble pas prévoir à l'heure actuelle d'obligation de poursuivre ou d'extrader les auteurs de crimes internationaux.¹⁹⁰ Ce serait donc là des exceptions purement conventionnelles au droit coutumier des immunités.¹⁹¹ Bien plus, elles ne résulteraient pas d'une précision expresse des textes conventionnels mais plutôt d'un exercice interprétatif de ceux-ci. En outre, il y a pour l'instant un manque de pratique étatique validant l'existence d'une exception à l'immunité fonctionnelle en présence d'une obligation conventionnelle de poursuivre ou d'extrader.¹⁹²

Avant de conclure sur ce point, remarquons qu'outre les arguments précités, d'autres raisonnements ont été soutenus mais ils n'emportent pas davantage la conviction. D'aucuns estiment que le droit international coutumier accepte déjà une exception à l'immunité fonctionnelle en présence d'un crime international.¹⁹³ Ils prennent appui sur

¹⁸⁸ C.I.J., *République démocratique du Congo c. Belgique*, *préc.*, § 59.

¹⁸⁹ P. D'Argent, *supra* note 31, p. 265.

¹⁹⁰ R. Abraham, Opinion individuelle, *Belgique c. Sénégal*, 20 juillet 2012, disponible sur www.icj-cij.org, §§ 21, 31 et 32 ; House of Lords, *Pinochet n° 1*, *préc.*, per Lord Lloyd, p. 86 ; R. Cryer, *supra* note 157, pp. 107, 109 et 111 ; Y. Naqvi, *supra* note 128, p. 258. Voy. *contra* : R. van Steenberghe, « The Obligation to Extradite or Prosecute: Clarifying its Nature », *J.I.C.J.*, 2011, Vol. 9, pp. 1091-1107.

¹⁹¹ Cet élément est aussi souligné par la Rapporteuse spéciale de la Commission du droit international. Voy. C. Escobar Hernández, *supra* note 69, § 216. Voy. aussi S. D. Murphy, « Protection of Persons in the Event of Disasters and other Topics: The Sixty-eighth Session of the International Law Commission », George Washington Legal Studies Research Paper n° 2016-51, 2016, disponible sur https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2848992, p. 24.

¹⁹² R. Kolodkin, *supra* note 24, § 79 ; Y. Naqvi, *supra* note 128, p. 257.

¹⁹³ Voy. A. G. Hamida, K. M. Sein et H. A. Kadouf, « Immunity Versus International Crimes: The Impact of *Pinochet* and *Arrest Warrant* Cases », *Indian J. Int'l L.*, 2006, n° 4, pp. 512 et 513 ; A. Cassese (2008), *supra* note 11, pp. 305 à 308 ; A. Cassese, « The Belgian Court of Cassation v. the International Court of Justice: the *Sharon and others* Case », *J.I.C.J.*, 2003, n° 1, p. 445, qui l'affirme dans les titres de ses articles ; M. Frulli, « Some Reflections on the Functional Immunity of State Officials », *I.Y.I.L.*, 2009, Vol. 19, p. 91, qui nous explique que le principe est universellement reconnu ; S. Zappalà, « Do Heads of State in Office Enjoy Immunity from Jurisdiction for International Crimes? The *Gaddafi* Case Before the French *Cour de Cassation* », *E.J.I.L.*, 2001, n° 3, pp. 602 et 603.

différents indices tels que les statuts des juridictions internationales, la jurisprudence internationale et nationale, et concluent que la combinaison de ces éléments prouve l'existence de l'exception coutumière.¹⁹⁴ Nous doutons réellement que ce soit le cas.¹⁹⁵ Enfin, certains se basent sur la renonciation implicite de l'État à l'immunité de son représentant en cas de violation d'une norme impérative de droit international, opinion écartée à plusieurs reprises par des juridictions nationales,¹⁹⁶ tandis que d'autres se fondent sur le droit fondamental de la victime d'obtenir réparation, droit qui n'est toutefois pas absolu.¹⁹⁷

¹⁹⁴ A. Cassese (2003), *supra* note 192, pp. 449 et 450 ; A. Cassese (2008), *supra* note 11, p. 307.

¹⁹⁵ Pour plus de développements, voy. R. Kolodkin, *supra* note 24, §§ 68 à 71.

¹⁹⁶ House of Lords, *Pinochet n° 3*, *préc.*, per Lord Goff, pp. 166 à 169 et 170 à 175 ; District Court for the District of Columbia, *John Doe and Others v. Israel and Others*, Motion disposition, 10 novembre 2005, *O.R.I.L.*, ILDC 318 (US 2005), § 31 ; United States Court of Appeals, District of Columbia Circuit, *Princz v. Federal Republic of Germany*, 1 juillet 1994, *I.L.R.*, Vol. 103, p. 610 (Immunité de l'État) ; United States Court of Appeals, *Smith and Others (on the application of Smith, deceased) v. Socialist People's Libyan Arab Jamahiriya and Others*, Appeal decision, 26 novembre 1996, *O.R.I.L.*, ILDC 1692 (US 1996), §§ 7 à 19 (Immunité de l'État) ; United States Court of Appeals, *Matar and Others v. Dichter*, *préc.*, § 19 ; District Court for the Eastern District of New York, *Rosenberg and Others v. Lashkar-e-Taiba and Others*, *préc.*, § 21 ; Cour de cassation (Italie), *Ferrini*, *préc.*, §§ 8.1 et 8.2 (Immunité de l'État) ; District Court for the Northern District of Illinois, *Boshnjaku and 83 Others v. Yugoslavia and Others*, Decision on motion for default and motion for summary judgment, 18 juillet 2002, *O.R.I.L.*, ILDC 1686 (US 2002), § 13 (Immunité de l'État) ; United States Court of Appeals, *Hwang Geum Joo and 14 Others v. Japan and Yohei Kono, Minister of Foreign Affairs*, Appeal judgment, 27 juin 2003, *O.R.I.L.*, ILDC 1987 (US 2003), §§ 23 et 24 (Immunité de l'État). Il fut également critiqué par la doctrine. Voy. L. M. Caplan, *supra* note 153, p. 775 ; J. Bröhmer (1997), *supra* note 156, p. 191.

¹⁹⁷ P. D'Argent (2015), *supra* note 31, p. 252. Voy. aussi C.I.J., *Allemagne c. Italie*, *préc.*, §§ 98 et suivants, où la Cour refuse d'écarter l'immunité de l'Allemagne sur la base du droit des victimes italiennes à obtenir réparation ; Cour suprême (Canada), *Estate of the late Zahara (Ziba) Kazemi and Hashemi v. Iran and Others*, *préc.*, § 101 ; C. Escobar Hernández, *supra* note 69, § 214, où la Rapporteuse spéciale considère qu'« on ne saurait conclure que ce droit [ndla : droit des victimes à réparation] peut constituer en soi le fondement juridique de l'existence d'une exception à l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État ». Voy. *contra* : Florence Court of First Instance (Italie), *Alessi and Others v. Germany*, Referral to the Constitutional Court, 21 janvier 2014, *O.R.I.L.*, ILDC 2725 (IT 2014), spéc. §§ 44 et 49 ; Cour constitutionnelle (Italie), Jugement n° 238, 22 octobre 2014, disponible sur http://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/doc/recent_judgments/S238_2013_en.pdf ; Cour de cassation (Italie), *Flatow and Others v. Iranian Ministry of Information and Security and Ministry of Foreign Affairs of Italy (intervening)*,

2.6. Notre conclusion : une tendance à l'érosion de l'immunité fonctionnelle dans l'hypothèse de la commission de crimes internationaux

Un *obiter dictum* de l'arrêt rendu par la Cour internationale de Justice dans l'affaire du *Mandat d'arrêt* enseigne que l'immunité fonctionnelle n'empêche pas les poursuites pour des actes commis à titre privé durant la période de l'exercice des fonctions.¹⁹⁸ La Cour a ainsi inversé la présentation classique de l'immunité en précisant non pas ce qu'elle couvre mais ce qu'elle ne couvre pas.¹⁹⁹ D'aucuns y ont lu la censure de toute exception à l'immunité fonctionnelle pour les actes accomplis en qualité officielle, y compris les crimes internationaux.²⁰⁰ Cette lecture paraît trop radicale. Toutefois, à l'opposé de ce qu'avancent l'Institut de Droit International²⁰¹ et, plus récemment, la Rapporteuse spéciale C. Escobar Hernández,²⁰² il est sans doute prématuré de conclure à l'existence établie d'une véritable exception à l'immunité *ratione materiae* en présence d'un crime international.²⁰³ Ainsi, pour reprendre les termes de ladite Rapporteuse, il ne suffit pas que la « balance semble pencher en faveur de l'exception »²⁰⁴ pour acter l'existence d'une norme coutumière rejetant la protection immunitaire en présence de crimes internationaux. En effet, la coutume repose sur une pratique générale et constante assortie d'une *opinio juris*.²⁰⁵ Or, la pratique étatique souffre

Final Appeal Judgment, 28 octobre 2015, *O.R.I.L.*, ILDC 2459 (IT 2015), §§ 4 et 5, ces deux dernières affaires insistant davantage sur le droit d'accès au juge que sur le droit à réparation en tant que tel.

¹⁹⁸ C.I.J., *République démocratique du Congo c. Belgique, préc.*, § 61.

¹⁹⁹ J. 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) », *R.B.D.I.*, 2002, n°s 1-2, p. 516 ; E. H. Franey, *supra* note 14, p. 154.

²⁰⁰ P. Gaeta, « *Ratione Materiae* Immunities of Former Heads of State and International Crimes: the *Hissène Habré* Case », *J. Int. Crim. Justice* (2003), p. 189 ; A. Cassese (2003), *supra* note 192, p. 444 ; H. Fox (2009), *supra* note 5, § 31.

²⁰¹ Résolution de l'Institut de Droit International sur l'immunité de juridiction de l'État et de ses agents en cas de crimes internationaux, Session de Naples, 2009, disponible sur www.idil-iil.org, article III, § 1 ; Résolution de l'Institut de Droit International (2001), *supra* note 81, article 13, § 2.

²⁰² C. Escobar Hernández, *supra* note 69, §§ 184, 189 et projet d'article 7, § 1, a).

²⁰³ En ce sens, voy. I. Wuerth, « Pinochet's Legacy Reassessed », *A.J.I.L.*, 2012, n° 4, pp. 732 et 768.

²⁰⁴ C. Escobar Hernández, *supra* note 69, § 184, a).

²⁰⁵ Commission du droit international, Texte des projets de conclusion provisoirement adoptés par le Comité de rédaction concernant la détermination du droit international coutumier, Document A/CN.4/L.872, 30 mai 2016, disponible sur http://legal.un.org/docs/index.asp?symbol=A/CN.4/L.872&referer=http://legal.un.org/ilc/guide/1_13.shtml&Lang=F, projets de conclusion 2 et 3.

d'un manque d'homogénéité²⁰⁶ et offre des arguments souvent peu convaincants ou ayant une assise conventionnelle. L'emblématique épopée *Pinochet* a, par son argumentation particulièrement variée²⁰⁷ souvent liée aux termes de la Convention contre la torture,²⁰⁸ ouvert une boîte de Pandore²⁰⁹ que n'ont manqué d'exploiter en tous sens les juridictions et la doctrine. La Rapporteuse spéciale a donc sans doute reconnu trop hâtivement l'existence d'une exception coutumière à l'immunité fonctionnelle des représentants de l'État. Sa méthodologie a d'ailleurs été fortement critiquée.²¹⁰ Néanmoins, contrairement au précédent Rapporteur spécial R. Kolodkin,²¹¹ nous estimons que se dessine une certaine tendance – au sens d'« *évolution* [de la pratique] dans un même sens »²¹² – à l'érosion de l'immunité fonctionnelle face aux crimes internationaux,²¹³ qui gagnera peut-être une dimension coutumière.²¹⁴ Une vision plus restreinte de l'immunité fonctionnelle

²⁰⁶ S. D. Murphy (2016), *supra* note 190, p. 28. La Rapporteuse spéciale réfute cet argument de manière peu convaincante dans son rapport. Voy. *Ibid.*, § 188.

²⁰⁷ T. Stein, *supra* note 136, p. 258 ; C. Barker, *supra* note 123, p. 937 ; A. Borghi, *L'immunité des dirigeants politiques en droit international*, Genève, Helbing & Lichtenhahn, 2003, p. 161 ; H. Fox, « The Pinochet Case No. 3 », *I.C.L.Q.*, 1999, Vol. 48, p. 692 ; M. Cosnard, « Quelques observations sur les décisions de la Chambre des Lords du 25 novembre 1998 et du 24 mars 1999 dans l'affaire Pinochet », *R.G.D.I.P.*, 1999, n° 2, p. 314 ; I. Wuerth, *supra* note 202, p. 735.

²⁰⁸ R. van Alebeek, *supra* note 90, pp. 56 et 64 ; H. Fox (1999), *supra* note 206, p. 692 ; B. Stern (2007), *supra* note 5, p. 524.

²⁰⁹ J. M. Sears, « Confronting the “Culture of Impunity”: Immunity of Heads of State from Nuremberg to *Ex Parte Pinochet* », *G.Y.I.L.*, 1999, Vol. 42, p. 126.

²¹⁰ S. D. Murphy (2016), *supra* note 190, p. 19 ; K. Kittichaisaree, *supra* note 67, pp. 7 et 9 ; H. Huang, *supra* note 101, pp. 8 et 9.

²¹¹ R. Kolodkin, *supra* note 24, § 90.

²¹² Petit Robert de la langue française, 2009, p. 2528, définition de « tendance ». Nous soulignons.

²¹³ Voy. Tribunal pénal fédéral (Suisse), *A. c. Ministère public de la Confédération*, 25 juillet 2012, disponible sur www.bstger.ch, §§ 5.3.4. à 5.3.6. et 5.4.3. ; High Court, Queen's Bench Division, *The Queen on the application of FF v. Director of Public Prosecutions*, disponible sur www.deightonpierceglyn.co.uk, §§ 7, 8 et 17, qui est toutefois une décision laconique. Bien que la Rapporteuse spéciale C. Escobar Hernández ait reconnu l'existence d'une exception en droit coutumier, elle emploie également parfois ce vocabulaire, parlant tantôt de « tendance majoritaire » ou de « tendance claire », tantôt de simple « tendance ». Voy. C. Escobar Hernández, *supra* note 69, §§ 121, 181 et 188. Il nous semble indéniable qu'une nouvelle pratique récente non généralisée nie maintenant l'immunité coutumière fonctionnelle en cas de crimes internationaux.

²¹⁴ P.-M. Dupuy, « Crimes et immunités, ou dans quelle mesure la nature des premiers empêche l'exercice des secondes », *R.G.D.I.P.*, 1999, n° 2, p. 292 ; P.-M. Dupuy (2008), *supra* note 118, p. 133.

semble s'imposer progressivement.²¹⁵ En définitive, l'écartement de l'immunité fonctionnelle « *may be custom one day, but not today* ». ²¹⁶ Rappelons que l'abandon de la doctrine absolue en faveur de la doctrine restrictive de l'immunité de l'État ne s'est pas fait non plus en un jour.²¹⁷ Certes, la mise à l'écart de l'immunité fonctionnelle n'est pas sans risque. Le Rapporteur spécial R. Kolodkin s'interrogeait d'ailleurs sur le caractère souhaitable de cette opération.²¹⁸ Toutefois, favoriser la lutte contre l'impunité en écartant l'immunité fonctionnelle n'implique pas en soi une menace nucléaire pour la paix des rapports internationaux. D'une part, comme déjà indiqué, le droit coutumier ne semble pas imposer d'obligation générale de poursuite des crimes internationaux. D'autre part, si compétence ne signifie pas absence d'immunité, absence d'immunité ne signifie pas compétence.²¹⁹ En d'autres termes, une exception coutumière à l'immunité *ratione materiae* n'accordera pas nécessairement compétence à toutes les juridictions nationales sur tous les crimes internationaux. Même si le droit coutumier ne s'oppose pas à la compétence universelle des tribunaux nationaux pour connaître d'un crime international, les conditions de cette compétence restent incertaines. Ainsi, à l'instar de l'article 5 § 2 de la Convention contre la torture qui contraint ses États Parties à prendre les mesures nécessaires afin de conférer à leurs juridictions nationales une compétence universelle,²²⁰ la compétence universelle coutumière pourrait quand même exiger la présence du criminel sur le territoire de l'État du for.²²¹ En outre, les juridictions compétentes ont un *droit* de poursuite et non une obligation.²²² Bien que les États n'exercent pas toujours ce droit de manière judicieuse, ils peuvent néanmoins opter pour la préservation de la paix au détriment de la lutte contre l'impunité.

²¹⁵ G. Danilenko, « ICC Statute and Third States », in A. Cassese, P. Gaeta et J. R.W.D. Jones (dir.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Vol. 2, Oxford, O.U.P., 2002, p. 1886 ; B. Broomhall, *International Justice and the International Criminal Court: Between Sovereignty and the Rule of Law*, Oxford, O.U.P., 2003, p. 148.

²¹⁶ D. Terzian, *supra* note 84, p. 299. Nous signalons que nous n'avons fait que reprendre l'expression de l'auteur, mais nous n'approuvons pas la thèse qu'il défend dans son article.

²¹⁷ I. Wuerth, *supra* note 202, p. 768.

²¹⁸ R. Kolodkin, *supra* note 24, §§ 91 et 92.

²¹⁹ C.I.J., *République démocratique du Congo c. Belgique, préc.*, § 59.

²²⁰ Convention contre la torture, *supra* note 171, article 5, § 2.

²²¹ M. Cosnard, *supra* note 206, p. 323.

²²² Voy. A. Borghi, *supra* note 206, p. 324, qui développe cet argument au sujet de l'immunité personnelle.

3. Le maintien de l'immunité personnelle malgré la commission de crimes internationaux

La tendance à l'érosion observée quant à l'immunité fonctionnelle n'affecte pas encore l'immunité *ratione personae* bénéficiant aux plus hauts représentants de l'État. Sous l'œil approbateur de la doctrine,²²³ l'immunité personnelle est quasi unanimement respectée par les tribunaux nationaux lorsqu'ils connaissent d'un crime international.²²⁴

3.1. Une application jurisprudentielle quasi unanime de l'immunité *ratione personae*

En 2002, la Cour internationale de Justice affirmait dans l'affaire du *Mandat d'arrêt* qu'ayant « examiné avec soin la pratique des États [...], [e]lle n'[était] 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 [...] des ministres des Affaires étrangères *en exercice* lorsqu'ils sont soupçonnés d'avoir commis des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité ». ²²⁵ Cette affirmation reste pleinement d'actualité de nos jours, comme en atteste la Rapporteuse spéciale C. Escobar Hernández dans son cinquième rapport.²²⁶ Contrairement aux hésitations jurisprudentielles relatives à l'immunité fonctionnelle, les juridictions nationales offrent en matière d'immunité personnelle une belle quasi-unanimité : l'immunité survit face aux crimes internationaux. Ainsi, dans l'affaire *Pinochet*, les juges anglais ont souligné la subsistance de l'immunité personnelle du chef d'État en exercice même pour un crime de droit international comme la torture de sorte que si le général avait encore été en exercice, il en aurait bénéficié.²²⁷ La Cour de cassation belge a jugé irrecevables les

²²³ T. Stein, *supra* note 136, p. 257 ; J. Bröhmer (1999), *supra* note 14, p. 369 ; S. WIRTH, *supra* note 88, p. 888.

²²⁴ B. Broomhall, *supra* note 214, pp. 146 et 147 ; D. Akande et S. Shah, *supra* note 14, pp. 819 et 820 ; V. KOIVU, « Head-of-State Immunity v. Individual Criminal Responsibility under International Law », *F.Y.B.I.L.*, 2001, Vol. 12, p. 311 ; M. Delmas-Marty, « La responsabilité pénale en échec (prescription, amnistie, immunités) », in A. Cassese et M. Delmas-Marty (dir.), *Juridictions nationales et crimes internationaux*, Paris, P.U.F., 2002, pp. 646 et 648 ; G. Werle et F. Jessberger, *supra* note 5, p. 278.

²²⁵ C.I.J., *République démocratique du Congo c. Belgique*, *préc.*, § 58. Nous soulignons.

²²⁶ C. Escobar Hernández, *supra* note 69, §§ 110, 121, 237, 240 et projet d'article 7, § 2.

²²⁷ House of Lords, *Pinochet n° 1*, *préc.*, per Lord Nicholls, p. 96 et per Lord Steyn, p. 102 ; A. Bellal, *supra* note 14, p. 196 ; P. Gaeta (2002), *supra* note 87, p. 983 ; M. Frulli (2002), *supra* note 89, p. 228 ; A. D. Mitchell, « Leave Your Hat On?

poursuites contre A. Sharon, alors Premier Ministre israélien, en raison de son immunité *ratione personae*.²²⁸ Une cour des Pays-Bas a rejeté une requête tendant à obtenir l'arrestation par l'État néerlandais de G. W. Bush, à l'époque Président américain, soulignant l'illégalité d'une telle arrestation au regard de son immunité personnelle.²²⁹ Une juridiction britannique n'a pas délivré de mandat d'arrêt contre R. Mugabe, Président du Zimbabwe accusé de torture, au motif de son immunité personnelle.²³⁰ Lors d'une autre procédure pénale contre ledit Président, un tribunal fédéral de district des États-Unis a rappelé qu'aucune requête émanant du Département d'État signalant l'immunité personnelle d'un chef d'État n'a été ignorée et que cette pratique n'a pas été anéantie par un acte du Congrès.²³¹ Dans la quasi-totalité des situations, les hauts représentants étatiques ont donc bénéficié d'une protection immunitaire contre les poursuites à leur rencontre.

Outre une décision de la Haute Cour régionale de Cologne niant l'immunité personnelle de l'ancien Président iraquien Saddam Hussein alors en exercice,²³² un arrêt du 13 mars 2001 de la Cour de cassation française sème le doute dans cette jolie quasi-unanimité. La Cour a, certes, reconnu en l'espèce l'immunité personnelle de M. Qadhafi mais elle soutient dans son argumentation que l'infraction de terrorisme, dont M. Qadhafi était accusé, « ne relève pas des exceptions au principe de l'immunité de juridiction des chefs d'État étrangers en exercice ». ²³³ Plutôt que de souligner l'impossibilité générale de déroger à l'immunité personnelle du chef d'État, la Cour retient la non-exception pour le crime *in casu*.²³⁴ Certains crimes, contrairement au terrorisme, constitueraient donc bien des exceptions à l'immunité personnelle du chef d'État.²³⁵

Head of State Immunity and Pinochet », *Monash U. L. Rev.*, 1999, Vol. 25, p. 230.

²²⁸ Cass. (2^e ch), *Hijazi Samila et crts c. Sharon et Yaron*, *préc.*, p. 247.

²²⁹ Rechtbank's-Gravenhage, *De Haagse Stadspartij v. De Staat der Nederlanden*, 4 mai 2005, disponible sur <https://uitspraken.rechtspraak.nl/>, §§ 3.6 et 3.7.

²³⁰ Bow Street Magistrates' Court, *Tatchell v. Mugabe*, 14 janvier 2004, *I.L.R.*, Vol. 136, pp. 572 et 573 ; C. Warbrick, *supra* note 27, p. 770.

²³¹ United States District Court, Southern District of New York, *Tachiona v. Mugabe*, 30 octobre 2001, disponible sur <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp2/169/259/2424159>, §§ 288, 294 et 295 ; M. Tunks, « Diplomats or Defendants? Defining the future of Head-of-State Immunity », *Duke L.J.*, 2002, Vol. 52, p. 674.

²³² Cette décision est rapportée par la Rapporteuse spéciale C. Escobar Hernández. Voy. C. Escobar Hernández, *supra* note 69, § 11 et note de bas de page n° 223.

²³³ Cour de cassation (France), Chambre criminelle, *M. Qadhafi*, 13 mars 2001, *Bulletin des arrêts de la Cour de cassation*, 2001, n° 64, p. 219.

²³⁴ M. Frulli (2002), *supra* note 89, pp. 230 et 231.

²³⁵ S. Zappalà, *supra* note 192, pp. 600 et 601 ; V. Klinberg, *supra* note 87, p. 555 ;

3.2. Une doctrine majoritairement concordante en faveur de l'octroi de l'immunité

Bien que la doctrine ne se montre pas toujours sur la même longueur d'ondes que les juges nationaux, une grande partie des auteurs soutiennent la jurisprudence nationale favorable à une nécessaire persistance de l'immunité personnelle en présence de crimes internationaux.²³⁶ Selon D. Akande, le fondement de l'immunité personnelle justifie à lui seul son maintien.²³⁷ Opérant une « pesée d'intérêts », ²³⁸ il privilégie l'intérêt de la coopération et de la coexistence pacifiques entre États à l'intérêt de la lutte contre l'impunité. Nier l'immunité personnelle en cas de crime international est un grand pas vers l'accès des victimes aux tribunaux et vers leur dédommagement mais c'est aussi, comme le relève S. Zappalà, ²³⁹ un grand pas vers la déstabilisation assurée des relations internationales.²⁴⁰ Du même avis, S. Wirth indique que « *the risk of war would be obvious* ». ²⁴¹

Même en présence de crimes internationaux, l'immunité personnelle doit de préférence être maintenue compte tenu de ses fondements et de son champ d'application personnel. Des poursuites criminelles à l'encontre d'un représentant haut gradé en fonction perturbent le fonctionnement interne de l'État représenté²⁴² et mettent en péril l'accomplissement efficace des hautes fonctions assumées par ledit représentant au nom de l'État.²⁴³ De plus, elles constituent dans une certaine mesure des ingérences dans la conduite des relations internationales de l'État représenté.²⁴⁴ Contrairement aux représentants de rang intermédiaire ou

F. Poirat, « Immunité de juridiction pénale du chef d'Etat étranger en exercice et règle coutumière devant le juge judiciaire, Cour de cassation, 13 mars 2001, 'Affaire Kadhafi' », *R.G.D.I.P.*, 2001, p. 480 ; Y. Naqvi, *supra* note 128, p. 264.

²³⁶ Voy. A. Cassese (2008), *supra* note 11, pp. 304 et 310 ; D. Akande et S. Shah (2011), *supra* note 128, pp. 857 et 858 ; A. Kiyani, *supra* note 43, p. 473 ; H. Fox (2005), *supra* note 5, § 28 ; S. Wirth « Immunities, Related Problems and Article 98 of the Rome Statute », Vol. 12 *Crim. L. Forum*, 2001, pp. 445 et 446. Voy. *contra* : J. Wouters, *supra* note 21, p. 259.

²³⁷ D. Akande, *supra* note 159, p. 641.

²³⁸ A. Bellal, *supra* note 14, p. 196.

²³⁹ S. Zappalà, *supra* note 192, p. 607.

²⁴⁰ Voy. aussi M. Tunks, *supra* note 230, pp. 677 et 678.

²⁴¹ S. Wirth (2002), *supra* note 88, p. 888.

²⁴² J. Needham, *supra* note 6, p. 229 ; M. Cosnard, *supra* note 206, p. 322 ; P. Gaeta « Immunity of States and State Officials: A Major Stumbling Block to Judicial Scrutiny? », in A. Cassese (ed.), *Realizing Utopia. The Future of International Law*, (Oxford, Oxford University Press, 2012), p. 235.

²⁴³ C. Dominice, *supra* note 3, p. 301 ; J. Foakes, *supra* note 14, p. 128.

²⁴⁴ D. Akande, *supra* note 159, p. 641 ; P. Gaeta (2012), *supra* note 241, p. 233.

subalterne, remplaçables plus facilement, ou aux hauts représentants à la retraite, qui ne requièrent aucun successeur, le remplacement des hauts représentants en exercice s'avère périlleux sans menacer grandement la paix ou l'accomplissement des fonctions étatiques.²⁴⁵ Or, comme le relève B. Stern, « il n'est en effet pas inadmissible d'attendre pour que justice soit faite devant des juridictions nationales que le chef d'État ou le ministre des Affaires étrangères n'exerce plus sa charge ». ²⁴⁶ Remarquons toutefois que l'identification des intérêts en présence et l'appréciation de leur importance dépendent de l'acteur qui y procède.²⁴⁷ Ainsi, P. Gaeta défend un équilibre entre les exigences de justice et de préservation de la souveraineté étatique. Elle ne considère pas que ce dernier intérêt doive nécessairement l'emporter sur le premier sauf lorsque la responsabilité d'un chef d'État est engagée.²⁴⁸

Après un rappel des grandes caractéristiques du régime des deux immunités de droit international coutumier et un examen des arguments en faveur d'une exception à l'immunité fonctionnelle du fait de la commission d'un crime international, il reste à exposer et expliquer l'enjeu des questions immunitaires dans le cadre conventionnel du Statut de Rome. Ces questions sont d'ailleurs au cœur de l'opposition sud-africaine à la Cour pénale internationale.

III. Les immunités coutumières devant la Cour pénale internationale

Les juges nationaux assument le rôle de juges ordinaires des crimes internationaux. Néanmoins, lorsque ceux-ci n'ont pas la capacité ou la volonté de connaître de ces violations du droit international,²⁴⁹ les juges internationaux de la Cour pénale internationale pourront prendre en charge les poursuites et le jugement des auteurs de ces actes odieux. Bien que la Cour soit une *juridiction internationale*, les immunités de droit coutumier conservent toute leur pertinence dans le cadre du *régime de coopération* instauré par le Statut de Rome. Ce dernier comprend ainsi deux dispositions qui traitent de la matière des immunités de droit international, à savoir les articles 27 et 98.

²⁴⁵ S. Wirth (2002), *supra* note 88, pp. 888 et 892 ; S. Wirth (2001), *supra* note 235, p. 432.

²⁴⁶ B. Stern (2002), « Les dits et les non dits de la Cour internationale de Justice dans l'affaire RDC contre Belgique », *Int'l Law Forum Droit Int'l*, 2002, Vol. 4, p. 109.

²⁴⁷ A. Bellal, *supra* note 14, p. 220.

²⁴⁸ P. Gaeta (2002), *supra* note 87, p. 988.

²⁴⁹ Statut de Rome, *supra* note 7, article 17. Cela renvoie au principe de complémentarité qui régit l'action de la Cour.

1. L'inopposabilité des immunités coutumières à la Cour pénale internationale

Contrairement à ce qui prévaut devant les juridictions internes d'un État étranger, un individu ne jouit d'aucune immunité coutumière lorsqu'il est jugé par la Cour pénale internationale. En effet, les immunités personnelle et fonctionnelle ne sont pas opposables aux juridictions internationales quel que soit leur mode de création.²⁵⁰ Il est certain que le fait du représentant restera un fait de l'État et que, à l'instar des poursuites nationales, des poursuites internationales risquent d'avoir des conséquences néfastes sur le fonctionnement efficace de l'État. Cependant, le fondement premier des immunités *ratione personae* et *ratione materiae* s'écroule devant les juridictions internationales.²⁵¹ Les immunités se justifient fondamentalement par la préservation de l'égalité souveraine entre États et par le souhait d'éviter l'abus par un État de son pouvoir de juridiction vis-à-vis d'un autre État. Les immunités de droit international s'insèrent ainsi dans des relations bilatérales d'État à État. Or, les cours et tribunaux internationaux agissent « en tant qu'entités supérieures aux États ».²⁵²

Bien plus, la Cour pénale internationale interagit sur la scène internationale en tant qu'entité distincte des États Parties à son Statut. Elle se présente en vertu de l'ordre juridique international comme un sujet de droit différent de ses fondateurs, jouissant d'une personnalité juridique propre conférée par ledit ordre juridique.²⁵³ Ceci est d'ailleurs

²⁵⁰ En ce sens, voy. M. Cosnard, *supra* note 92, pp. 195, 197 et 200 ; T. Stein, *supra* note 136, p. 254 ; P. Gaeta (2003), *supra* note 199, p. 194 ; B. Stern, *supra* note 245, p. 108, note de bas de page 108 ; E. David, *supra* note 97, p. 100. Voy. aussi C. Eboe-Osuji, Opinion séparée concordante, Affaire n° ICC-01/09-02/11-830, U. M. Kenyatta, *Decision on Defence Request for Conditional Excusal from Continuous Presence at Trial*, 18 octobre 2013, disponible sur <https://www.icci-cpi.int/>, § 32. Une partie de la doctrine soutient néanmoins une position contraire. Voy. *contra* : D. Akande, *supra* note 42, p. 418 ; D. Terzian, *supra* note 84, p. 297 ; A. Kiyani, *supra* note 43, p. 493.

²⁵¹ P. Gaeta (2009), *supra* note 42, p. 320. Voy. *contra* : B. Tranchant, « Les immunités des États tiers devant la Cour pénale internationale », *R.G.D.I.P.*, 2013, n° 3, pp. 643 et 644 ; P. Wardle, « The Survival of Head of State Immunity at the International Criminal Court », *Austl. Int'l L. J.*, 2011, Vol. 18, p. 186. Voy. aussi K. Kittichaisaree, *supra* note 67, p. 8.

²⁵² S. Papillon, « Has the United Nations Security Council Implicitly Removed Al Bashir's Immunity? », *Int'l Crim. L. Rev.*, 2010, Vol. 10, p. 281.

²⁵³ Voy. en ce sens P. D'Argent, « La personnalité juridique internationale de l'organisation internationale », in E. Lagrange, J.-M. Sorel et H. Ascensio (dir.), *Traité de droit des organisations internationales*, Paris, Lextenso, 2013, pp. 448-449.

confirmé par l'article 4 du Statut de Rome.²⁵⁴ La juridiction pénale internationale permanente n'est donc pas l'instrument ou l'organe d'un État ou de plusieurs d'entre eux mais l'outil d'une communauté internationale plus ou moins élargie. À cet égard, il n'y a ni risque d'atteinte à l'égalité souveraine entre États ni risque d'abus d'un pouvoir étatique de juridiction.

Bien que non admise par tous,²⁵⁵ cette inopposabilité des immunités coutumières trouve un soutien dans la jurisprudence internationale. Dans l'affaire du *Mandat d'arrêt*, la Cour internationale de Justice a souligné que les représentants de l'État pouvaient être poursuivis devant « certaines juridictions pénales internationales » compétentes et ne paraît ainsi pas contredire cette conclusion.²⁵⁶ Par ailleurs, le Tribunal spécial pour la Sierra Leone a soutenu cette position dans sa décision rendue en 2004 à propos de l'immunité de juridiction de C. Taylor, à l'époque Président du Libéria : « *[T]he principle of state immunity derives from the equality of sovereign states and therefore has no relevance to international criminal tribunals which are not organs of a state but derive their mandate from the international community* ». ²⁵⁷ Il est vrai que l'Union africaine a adopté en 2014 une disposition intitulée « immunités » prévoyant l'absence de poursuites contre des représentants de l'État devant la récente Cour africaine de justice et des droits de l'homme.²⁵⁸ Cette affirmation conventionnelle d'une protection immunitaire devant une juridiction régionale doit toutefois s'analyser dans son contexte de réaction à la jurisprudence de la Cour pénale internationale et à la politique de son Procureur.²⁵⁹ Elle ne menace pas le principe de l'inopposabilité des règles coutumières

²⁵⁴ Statut de Rome, *supra* note 7, article 4, § 1 : « La Cour a la personnalité juridique internationale. Elle a aussi la capacité juridique qui lui est nécessaire pour exercer ses fonctions et accomplir sa mission ».

²⁵⁵ Voy. par exemple D. Akande, *supra* note 42, p. 418 ; D. Terzian, *supra* note 84, p. 297 ; A. Kiyani, *supra* note 43, p. 493 ; D. Jacobs, « The Frog That Wanted to Be an Ox : the ICC's Approach to Immunities and Cooperation », in C. Stahn (dir.), *The Law and Practice of the International Criminal Court*, Oxford, O.U.P., 2015, p. 288.

²⁵⁶ C.I.J., *République démocratique du Congo c. Belgique*, *préc.*, § 61.

²⁵⁷ T.S.S.L., Chambre d'appel, Affaire n° SCSL-2003-01-I, C. Taylor, 31 mai 2004, *Decision on immunity from jurisdiction*, disponible sur www.rscsl.org, § 51.

²⁵⁸ Protocole portant amendements au Protocole portant Statut de la Cour africaine de justice et des droits de l'homme, Juin 2014, disponible sur <https://lawyersofafrica.org/wp-content/uploads/2014/10/PROTOCOLE-PORTANT-AMENDMENTS-AU-PROTOCOLE-PORTANT-STATUT-DE-LA-COUR-AFRICAINE-DE-JUSTICE-ET-DES-DROITS-DE-LHOMME-FR-Clean.pdf>, article 48A *bis*.

²⁵⁹ Voy. notamment C. Escobar Hernández, *supra* note 69, § 165.

devant les juridictions internationales. Au contraire, une telle affirmation conventionnelle s'avère indispensable pour que les agents étatiques africains jouissent d'une immunité devant cette cour régionale. Par ailleurs, cette dérogation conventionnelle à l'absence de principe d'immunité devant une juridiction internationale donne à penser, puisque nul État n'en a contesté la validité, que l'immunité ou son absence ne sont pas régies par des règles impératives.

L'article 27 du Statut de Rome mentionne explicitement ce principe de l'absence d'immunité devant une juridiction internationale, à savoir la Cour pénale internationale. La disposition comprend en réalité deux paragraphes. Le premier s'inscrit dans la continuité²⁶⁰ des statuts des tribunaux militaires internationaux de Nuremberg et de Tokyo²⁶¹ de même que de ceux des tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda.²⁶² L'article 27 § 1 établit d'abord que le Statut « s'applique à tous *de manière égale*, sans aucune distinction fondée sur la *qualité officielle* ». ²⁶³ Il définit ainsi largement le champ d'application personnel du Statut de Rome,²⁶⁴ qui s'étend à toute personne physique,²⁶⁵ peu importe qu'elle exerce ou non une fonction officielle ou qu'elle agisse à titre privé ou officiel. Le premier paragraphe poursuit ensuite en précisant que « 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

²⁶⁰ Le désir de continuité est d'ailleurs explicite puisque le Comité préparatoire pour la création d'une Cour criminelle internationale se réfère dès 1996 aux précédents des tribunaux de Nuremberg, Tokyo, ex-Yougoslavie et Rwanda. Voy. Comité préparatoire, Résumé des travaux du Comité préparatoire au cours de la période allant du 25 mars au 12 avril 1996, 7 mai 1996, Document A/AC.249/1, disponible sur www.icc-cpi.int, § 90 ; Comité préparatoire, Rapport du Comité préparatoire pour la création d'une Cour criminelle internationale, Vol. 1, 14 septembre 1996, Document A/51/22, disponible sur www.icc-cpi.int, § 193 ; X. Aurey, « Article 27 : Défaut de pertinence de la qualité officielle », in J. Fernandez et X. Pacreau (dir.), *Statut de Rome de la Cour pénale internationale : Commentaire article par article*, Vol. 1, Paris, Pedone, 2012, p. 843.

²⁶¹ Statut du Tribunal militaire international de Nuremberg, issu de l'accord concernant la poursuite et le châtement des grands criminels de guerre des Puissances européennes de l'Axe, signé à Londres le 8 août 1945, disponible sur www.icrc.org, article 7 ; Charte du Tribunal militaire international pour l'Extrême-Orient, signée à Tokyo le 1^{er} janvier 1946, disponible sur www.jus.uio.no, article 6.

²⁶² Statut du Tribunal pénal international pour le Rwanda, *supra* note 95, article 6, § 2 ; Statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, *supra* note 95, article 7, § 2.

²⁶³ Statut de Rome, *supra* note 7, article 27, § 1, première phrase. Nous soulignons.

²⁶⁴ M. Cosnard, *supra* note 92, p. 200.

²⁶⁵ Statut de Rome, *supra* note 7, article 25, § 1.

responsabilité pénale au regard du présent Statut, pas plus qu'elle ne constitue en tant que telle un motif de réduction de la peine ».²⁶⁶ Alors que la première phrase du paragraphe se caractérise par sa généralité, cette seconde phrase procède étonnamment par énumération. Toutefois, cette dernière est sans aucun doute exemplative et non limitative.²⁶⁷ Elle vise manifestement tous les représentants de l'État, c'est-à-dire aussi bien les représentants *de iure* que les représentants *de facto*.²⁶⁸ L'article 27 § 1 perpétue donc un mouvement de responsabilisation de l'individu, enclenché au lendemain de la première guerre mondiale avec le Traité de Versailles.²⁶⁹ Dans les affaires *Milošević* (ancien Président serbe) et *Furundžija*, le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a considéré que l'article 7 § 2 de son Statut, très proche de l'article 27 § 1 du Statut de Rome, codifie le droit coutumier.²⁷⁰ Le second paragraphe de l'article 27 du Statut de Rome, qui retient davantage l'attention dans le cadre de cet article, énonce pour sa part que « [I] es immunités ou règles de procédure spéciales qui peuvent s'attacher à la qualité officielle d'une personne, en vertu du droit interne ou du droit international, n'empêchent pas la Cour d'exercer sa compétence à l'égard de cette personne ». ²⁷¹ L'absence d'immunités devant une juridiction internationale (en l'espèce, la Cour pénale internationale) est donc distinctement articulée pour la première fois dans le Statut de Rome.²⁷² Sur ce point, le Statut se distingue véritablement des statuts des deux tribunaux militaires internationaux ainsi que des statuts des deux tribunaux pénaux internationaux.²⁷³

²⁶⁶ *Ibid.*, article 27, § 1, deuxième phrase.

²⁶⁷ P. Gaeta (2002), *supra* note 87, p. 990 ; M. Frulli (2002), *supra* note 89, p. 221 ; G. Werle et F. Jessberger, *supra* note 5, p. 275 ; O. Triffterer, « Article 27: Irrelevance of Official Capacity », in O. Triffterer (dir.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers' Notes, Article by Article*, Baden-Baden, Nomos, 1999, p. 509.

²⁶⁸ W. Schabas, *The International Court : A Commentary on the Rome Statute* (Oxford, Oxford University Press, 2010), p. 448

²⁶⁹ Traité de Versailles, signé à Versailles le 28 juin 1919, disponible sur <https://mjp.univ-perp.fr/traites/1919versailles.htm>, partie VII « Sanctions », articles 227 à 230 ; X. Aurey, *supra* note 259, pp. 845 et 850.

²⁷⁰ T.P.I.Y., Chambre de jugement, Affaire n° IT-95-17/1-T, A. Furundžija, 10 décembre 1998, Jugement, disponible sur www.icty.org, § 140 ; T.P.I.Y., Chambre de jugement, Affaire n° IT-99-37-PT, S. Milošević, 8 novembre 2001, *Décision relative aux exceptions préjudicielles*, disponible sur www.icty.org, § 28.

²⁷¹ Statut de Rome, *supra* note 7, article 27, § 2. Nous soulignons.

²⁷² Voy. M. Frulli (2002), *supra* note 89, p. 227.

²⁷³ Voy. X. Aurey (2012), *supra* note 259, p. 853 ; D. Akande, *supra* note 42, p. 420 ; K. Magliveras et G. Naldi, *supra* note 5, p. 429.

Comme le souligne très justement P. Gaeta, l'article 27 du Statut de Rome codifie donc une règle coutumière préexistante, à savoir celle de la non-pertinence des immunités devant les juridictions internationales.²⁷⁴ Plus exactement, l'article 27 du Statut ne codifie pas une règle coutumière en tant que telle mais rappelle plutôt une limite à partir de laquelle celle-ci ne s'applique pas. Il remémore simplement le principe de non-opposabilité du droit coutumier des immunités devant un tribunal pénal international.²⁷⁵ L'article 27 du Statut de Rome, en ce qu'il reflète ce principe de non-opposabilité des immunités à une juridiction internationale, s'applique bien à tout représentant étatique, non seulement aux représentants des États Parties mais aussi aux représentants des États tiers.²⁷⁶ Ainsi, contrairement aux juridictions nationales, la Cour pénale internationale peut librement émettre un mandat d'arrêt ou une citation à comparaître à l'encontre du représentant d'un État Partie ou d'un État tiers. Elle a par exemple délivré deux mandats d'arrêt à l'encontre du Président soudanais O. Al Bashir²⁷⁷ et un mandat d'arrêt à l'encontre du chef d'État libyen faisant fonction, M. Qadhafi, et de son fils, Premier Ministre libyen faisant fonction, S. Al-Islam Qadhafi,²⁷⁸ alors que le Soudan et la Libye ne sont pas parties au Statut de Rome. Pour donner une autre illustration, les juges internationaux ont cité à comparaître U. M. Kenyatta, à l'époque Vice-Premier ministre et Ministre des Finances et désormais Président du Kenya, qui est un État Partie au Statut de Rome.²⁷⁹ En outre, lorsqu'il comparaît devant la Cour, sur le fondement d'une

²⁷⁴ P. Gaeta (2009), *supra* note 42, pp. 324 et 325.

²⁷⁵ P. Gaeta (2002), *supra* note 87, p. 991.

²⁷⁶ X. Aurey, *supra* note 259, p. 850 ; M. Ssenyonjo, "II. The International Criminal Court Arrest Warrant Decision for President Al Bashir of Sudan", *I.C.L.Q.*, 2010, Vol. 59, pp. 211 à 214.

²⁷⁷ C.P.I., Chambre Préliminaire I, Affaire n° ICC-02/05-01/09, O. Al Bashir, 4 mars 2009, *Mandat d'arrêt à l'encontre d'Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, disponible sur www.icc-cpi.int ; C.P.I., Chambre Préliminaire I, Affaire n° ICC-02/05-01/09, O. Al Bashir, 12 juillet 2010, *Deuxième mandat d'arrêt à l'encontre d'Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, disponible sur www.icc-cpi.int.

²⁷⁸ C.P.I., Chambre préliminaire I, Affaire n° ICC-01/11, M. M. A. M. Gaddafi, S. A.-I. Gaddafi et A. Al-Senussi, 27 juin 2011, *Mandat d'arrêt à l'encontre de Muammar Mohammed Abu Minyar Qadhafi*, disponible sur www.icc-cpi.int ; C.P.I., Chambre préliminaire I, Affaire n° ICC-01/11, M. M. A. M. Gaddafi, S. A.-I. Gaddafi et A. Al-Senussi, 27 juin 2011, *Mandat d'arrêt à l'encontre de Saïf Al-Islam Gaddafi*, disponible sur www.icc-cpi.int.

²⁷⁹ C.P.I., Chambre préliminaire II, Affaire n° ICC-01/09-02/11, F. K. Muthaura, U. M. Kenyatta et M. Hussein ALI, 8 mars 2011, *Décision relative à la requête du Procureur aux fins de délivrance de citations à comparaître à Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta*, disponible sur www.icc-cpi.int.

citation à comparaître ou après l'exécution de son mandat d'arrêt, un agent étatique ne jouit pas davantage d'une immunité fonctionnelle ou personnelle, peu importe qu'il représente un État Partie ou un État tiers. Étonnamment, les juges de la Cour pénale internationale ne semblent toutefois plus de cet avis. Se prononçant au sujet de l'article 27 § 2, ils ont en effet affirmé en 2014 que le Statut « prévoit [...] une exception à l'immunité personnelle de poursuites devant une *juridiction pénale internationale* ».²⁸⁰ Or, celui-ci étant « un traité multilatéral régi par les dispositions de la Convention de Vienne sur le droit des traités », l'exception ainsi créée « devrait [...] se limiter aux États Parties qui ont accepté [la] compétence [de la Cour] ».²⁸¹ Il s'agit là d'un regrettable revirement de jurisprudence car en 2011, la Cour pénale internationale avait, dans deux décisions précédentes, tiré argument de la décision du Tribunal spécial pour la Sierra Leone relative à l'immunité de juridiction de C. Taylor et conclu qu'« en droit international, l'immunité des chefs d'États, qu'ils soient [ndla : immunités *ratione personae* et *ratione materiae*] ou non [ndla : immunité *ratione materiae*] en exercice, ne peut être invoquée pour s'opposer à *des poursuites menées par une juridiction internationale* ».²⁸²

Si la Cour pénale internationale peut rassembler des éléments de preuve et délivrer des mandats d'arrêts à l'encontre de grands criminels, son fonctionnement efficace requiert quand même la coopération des États. Cette coopération étatique est même vitale pour la juridiction²⁸³ car elle

²⁸⁰ C.P.I., Chambre Préliminaire II, Affaire n° ICC-02/05-01/09, O. Al Bashir, 9 avril 2014, *Décision relative à la coopération de la République démocratique du Congo concernant l'arrestation et la remise d'Omar Al Bashir à la Cour*, disponible sur www.icc-cpi.int, § 25. Nous soulignons.

²⁸¹ *Ibid.*, § 26.

²⁸² C.P.I., Chambre Préliminaire I, Affaire n° ICC-02/05-01/09, O. Al Bashir, 13 décembre 2011, *Décision rendue en application de l'article 87-7 du Statut de Rome concernant le refus de la République du Tchad d'accéder aux demandes de coopération délivrées par la Cour concernant l'arrestation et la remise d'Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, disponible sur www.icc-cpi.int, § 13 ; C.P.I., Chambre Préliminaire I, Affaire n° ICC-02/05-01/09, O. Al Bashir, 12 décembre 2011, *Decision Pursuant to Article 87-7 of the Rome Statute on the Failure by the Republic of Malawi to Comply with the Cooperation Requests Issued by the Court with Respect to the Arrest and Surrender of Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, disponible sur www.icc-cpi.int, § 36.

²⁸³ C.P.I., Chambre Préliminaire II, Affaire n° ICC-02/05-01/09, O. Al Bashir, 26 mars 2013, *Décision relative à la non-exécution par la République du Tchad des demandes de coopération que lui a adressées la Cour concernant l'arrestation et la remise d'Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, disponible sur www.icc-cpi.int, § 33 ; Comité *ad hoc* pour la création d'une Cour criminelle internationale, Discussion paper on assistance in relation to investigations and prosecutions and the surrender

ne dispose ni d'armées ni de forces de police.²⁸⁴ Or, la question des immunités des représentants de l'État face aux crimes internationaux surgira inévitablement dans le cadre de ce régime de coopération, lorsque les États Parties tenus de coopérer agiront sur demande de la juridiction internationale.

2. Les immunités coutumières dans les relations entre États Parties au Statut de Rome en cas de poursuites internationales devant la Cour pénale internationale

En signant et ratifiant le Statut, les États s'engagent à coopérer pleinement avec la Cour dans le cadre de ses enquêtes et poursuites. Le Statut de Rome établit en effet un régime de coopération en principe²⁸⁵ applicable aux seuls États Parties en vertu de l'effet relatif des traités consacré à l'article 34 de la Convention de Vienne.²⁸⁶ Les articles 86

of persons to the court, 9 août 1995, disponible sur www.icc-cpi.int, § 2 ; Comité préparatoire pour la création d'une Cour criminelle internationale, Draft summary of the proceedings of the Preparatory Committee during the period 25 March-12 April 1996: VI. Cooperation between States and the International Criminal Court, 10 avril 1996, Document A/AC.249/CRP.6, disponible sur www.icc-cpi.int, § 1 ; J. Needham, *supra* note 6, p. 238 ; H.-P. Kaul et C. Kress, « Jurisdiction and Cooperation in the Statute of the International Criminal Court: Principles and Compromises », *Y.I.H.L.*, 1999, Vol. 2, p. 157 ; B. Swart et G. Sluiter, « The International Criminal Court and International Criminal Co-operation », in H. A.M. Von Hebel *e.a. (dir.)*, *Reflections on the International Criminal Court: Essays in Honour of Adriaan Bos*, La Haye, T.M.C. Asser Press, 1999, p. 92 ; H.-P. Kaul, « The ICC and International Criminal Cooperation – Key Aspects and Fundamental Necessities », in M. Politi et F. Gioia *(dir.)*, *The International Criminal Court and National Jurisdictions*, Farnham, Ashgate Publishing Ltd, 2008, p. 85 ; S. Williams et L. Sherif, « The Arrest Warrant for President al-Bashir: Immunities of Incumbent Heads of State and the International Criminal Court », *J. Conflict & Sec. L.*, 2009, n° 1, p. 83.

²⁸⁴ C.P.I., O. Al Bashir (2013), *préc.*, § 22 ; C.P.I., O. Al Bashir (2014), *préc.*, § 33 ; Amnesty International, « Bringing Power to Justice: Absence of Immunity for Heads of State before the International Criminal Court », 2010, disponible sur www.amnesty.org, p. 44 ; H.-P. Kaul, *supra* note 282, p. 86 ; M. Benzing, *supra* note 42, p. 195 ; C. KEITNER, « Crafting the International Criminal Court: Trials and Tribulations in Article 98(2) », *UCLA J. Int'l L. & Foreign Aff.*, 2001, Vol. 6, p. 224.

²⁸⁵ Le Conseil de sécurité pourrait rendre ce régime obligatoire pour les États non parties en adoptant une résolution contraignante. Sans rendre obligatoire le régime de coopération du Statut de Rome, il pourrait imposer un régime de coopération *sui generis* aux États non parties, le cas échéant plus contraignant que celui du Statut de Rome. Voy. G. Sluiter, « Obtaining Cooperation from Sudan – Where is the Law? », *J.I.C.J.*, 2008, n° 5, p. 876 ; D. Akande, « The Effect of Security Council Resolutions and Domestic Proceedings on State Obligations to Cooperate with the ICC », *J. Int. Crim. Justice*, 2012, Vol. 10, p. 309.

²⁸⁶ Convention de Vienne sur le droit des traités, *supra* note 135, article 34.

et 89 du Statut de Rome énoncent les grands principes de ce régime. D'une part, l'article 86 du Statut prévoit une obligation générale de coopération.²⁸⁷ D'autre part, l'article 89 du Statut introduit la possibilité pour les juges internationaux d'adresser une demande d'arrestation et de remise à un État Partie sur le territoire duquel se trouve le criminel recherché.²⁸⁸ En l'absence de dérogation conventionnelle au droit coutumier des immunités, les États Parties auraient été contraints de respecter les immunités coutumières des représentants des autres États Parties lors d'actions menées dans le contexte de cette coopération verticale. Il a effectivement été démontré que le droit coutumier n'accepte aucune exception pour crimes internationaux.

L'engagement pris par les États Parties a permis d'éviter cet écueil. Ils ont choisi de faire primer la lutte contre l'impunité au respect des normes immunitaires dans leurs relations bilatérales. Outre celle énoncée antérieurement, le second paragraphe de l'article 27 reçoit ainsi une deuxième lecture. Dans le cadre des relations entre États Parties lorsque l'un d'eux agit sur demande de la Cour, l'article 27 § 2 devient « *a general relinquishment of immunity between states parties* ». ²⁸⁹ Il constitue une renonciation *in abstracto* aux immunités attribuées au niveau interétatique. En ratifiant le Statut, les États Parties ont renoncé aux immunités de leurs représentants officiels en relation avec les procédures devant la Cour de telle sorte que l'État requis n'assume plus d'obligations immunitaires vis-à-vis des représentants d'États Parties se situant sur son territoire.²⁹⁰ En un mot, les immunités coutumières disparaissent entre *États Parties* quand survient une demande de remise ou d'assistance de la Cour²⁹¹ puisqu'elles ont été levées anticipativement entre eux par le biais de l'article 27.²⁹² Cette interprétation reçoit le soutien de certains États. Ainsi, elle a manifestement emporté la

²⁸⁷ Statut de Rome, *supra* note 7, article 86.

²⁸⁸ *Ibid.*, article 89. Pour les modalités pratiques, voy. *Ibid.*, article 9.

²⁸⁹ J. Needham, *supra* note 6, p. 238.

²⁹⁰ J. Foakes, *supra* note 14, p. 200 ; H. Fox (2008), *supra* note 8, p. 679 ; S. Wirth (2001), *supra* note 235, p. 452.

²⁹¹ B. Broomhall, *supra* note 214, p. 145.

²⁹² C. Kress et K. Prost, « Article 98: Cooperation with Respect to Waiver of Immunity and Consent to Surrender », in O. Triffterer (dir.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers' Notes, Article by Article*, Baden-Baden, Nomos, 2008, p. 1607; A. GREENAWALT, « Introductory Note to the International Criminal Court: Decisions Pursuant to Article 87(7) of the Rome Statute on the Failure by the Republic of Malawi and the Republic of Chad to Comply with the Cooperation Requests issued by the Court with Respect to the Arrest and Surrender of Omar Hassan Ahmad Al Bashir & African Union Response », *I.L.M.*, 2012, Vol. 51, p. 393.

conviction du Royaume-Uni puisque la section 23 § 1 de l'*International Criminal Act* de 2001 prévoit qu'« [a]ny state or diplomatic immunity attaching to a person by reason of a connection with a state party to the ICC Statute does not prevent proceedings under this Part [Arrest and Delivery of Persons] in relation to that person ». ²⁹³

Ces propos ne peuvent être illustrés par une affaire traitée par la juridiction pénale internationale. Aucun mandat d'arrêt délivré par celle-ci à l'encontre d'un (ancien) représentant d'un État Partie au Statut de Rome n'a été exécuté par un autre État Partie qui aurait dû respecter l'immunité coutumière du représentant concerné en l'absence de l'article 27 du Statut. D'une part, la Cour pénale internationale a émis un mandat d'arrêt à l'encontre de l'ancien Président ivoirien, L. Gbagbo, ainsi que de l'ancien Ministre ivoirien de la Jeunesse, de l'Emploi et de la Formation professionnelle, C. Blé Goudé mais ceux-ci furent cependant tous deux transférés à la Haye par leur propre État de telle manière qu'ils ne jouissaient d'aucune immunité fonctionnelle. ²⁹⁴ D'autre part, J.-P. Bemba Gombo a, certes, été arrêté par les autorités belges le 24 mai 2008 sur la base d'un mandat d'arrêt délivré par les juges de La Haye le 23 mai 2008 ²⁹⁵ alors même qu'il était sénateur congolais depuis janvier 2007 ²⁹⁶ et jouissait à ce titre d'une immunité fonctionnelle. ²⁹⁷ Cependant, à la différence de l'immunité personnelle d'un haut représentant, son immunité *ratione materiae* ne couvrait pas les actes qui lui étaient reprochés car ceux-ci avaient été accomplis entre octobre 2002 et mars 2003, ²⁹⁸ lorsqu'il agissait en tant que commandant en chef du Mouvement de Libération du Congo. ²⁹⁹ À défaut de pouvoir

²⁹³ International Criminal Court Act 2001 (Royaume-Uni), adopté le 11 mai 2001, disponible sur www.legislation.gov.uk, section 23, § 1.

²⁹⁴ Pour plus d'informations sur l'affaire Gbagbo et Blé Goudé, voy. <https://www.icc-cpi.int/cdi/gbagbo-goude?ln=fr>.

²⁹⁵ Pour un résumé des développements judiciaires, voy. <https://www.icc-cpi.int/car/bemba/Documents/BembaFra.pdf>.

²⁹⁶ Les élections pour le Sénat congolais avaient eu lieu en date du 19 janvier 2007. Voy. <https://www.senat.fr/senatsdumonde/congorde.html>. J.-P. Bemba figure toujours à l'heure actuelle dans la liste des sénateurs congolais. Voy. <http://www.senat.cd/index.php/component/content/article?id=124>.

²⁹⁷ La République démocratique du Congo et la Belgique sont deux États Parties au Statut de Rome. Voy. https://asp.icc-cpi.int/fr_menus/asp/states%20parties/pages/the%20states%20parties%20to%20the%20rome%20statute.aspx.

²⁹⁸ La Cour pénale internationale s'est penchée sur le conflit armé non-international opposant les forces armées centrafricaine, auxquelles le Mouvement de Libération du Congo a prêté mains fortes, et le groupe armé organisé mené par le général Bozizé, qui s'étend, selon elle, du 26 octobre 2002 au 15 mars 2003. Voy. <https://www.icc-cpi.int/car/bemba/Documents/BembaFra.pdf>.

²⁹⁹ Jean-Pierre Bemba a été ultérieurement nommé Vice-Président du gouvernement

s'appuyer sur une affaire réelle, un exemple fictif permettra de rendre plus concrètes les quelques considérations théoriques qui ont été précédemment présentées. En janvier 2013, la Procureure de la Cour pénale internationale, Madame F. Bensouda, a décidé d'ouvrir une enquête sur les crimes de guerre commis sur le territoire malien depuis janvier 2012.³⁰⁰ Or, au même moment, les Français lançaient l'opération *Serval* afin de venir en aide au gouvernement malien demandeur d'une aide internationale pour lutter contre des groupes armés organisés.³⁰¹ Si un soldat français venait à se rendre coupable de violences sexuelles lors d'une opération conjointe avec les forces maliennes,³⁰² les juges de La Haye pourraient délivrer un mandat d'arrêt à son encontre à la demande du Bureau du Procureur.³⁰³ À supposer que ce soldat traverse le territoire belge lorsqu'il est en permission, la Cour pourrait demander à la Belgique de procéder à son arrestation en vertu de l'article 89 précité du Statut de Rome.³⁰⁴ L'État belge, ayant ratifié le Statut de Rome le 28 juin 2000,³⁰⁵ serait alors tenu de l'arrêter car il n'assume aucune obligation immunitaire à l'égard de ce représentant français quand il agit sur demande de la juridiction internationale. En effet, bien que les membres des forces armées françaises bénéficient en principe d'une immunité fonctionnelle pour les actes accomplis dans l'exercice de leurs fonctions, la France, en ratifiant le Statut le 9 juin 2000,³⁰⁶ a renoncé aux immunités de ses soldats.

Ceci étant dit, nous pouvons affiner notre analyse de l'article 27 du Statut de Rome. Bien qu'il traite de la compétence de la Cour et de l'absence d'immunités devant celle-ci, l'article 27 remplit également

de transition par le Président Joseph Kabila (le 30 juin 2003) et bénéficiait à ce titre d'une immunité fonctionnelle pour les actes accomplis dans l'exercice de sa fonction. Pour un résumé des faits marquants de la période de transition vers les élections, voy. http://www1.rfi.fr/actu/fr/articles/079/article_44968.asp.

³⁰⁰ C.P.I., Bureau du Procureur, Situation au Mali, Rapport établi au titre de l'article 53 § 1, 16 janvier 2013, disponible sur https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/SASMaliRapportPublicArticle53_1FRA16Jan2013.pdf.

³⁰¹ M. Poulain, « Chronologie des faits internationaux d'intérêt juridique (année 2013) », *A.F.D.I.*, 2013, Vol. 59, p. 641 ; F. Coulee, « Pratique française du droit international », *A.F.D.I.*, 2013, Vol. 59, p. 557.

³⁰² Les violences sexuelles sont réprimées par le Statut de Rome comme crime de guerre dans le cadre d'un conflit armé non-international. Voy. Statut de Rome, *supra* note 7, article 8, c, (i) ou (ii) et e, (vi).

³⁰³ *Ibid.*, article 58.

³⁰⁴ *Ibid.*, article 89, § 1.

³⁰⁵ Voy. https://asp.icc-cpi.int/fr_menus/asp/states%20parties/western%20european%20and%20other%20states/Pages/belgium.aspx.

³⁰⁶ Voy. https://asp.icc-cpi.int/fr_menus/asp/states%20parties/western%20european%20and%20other%20states/Pages/france.aspx.

un second rôle. Ainsi, il régit d'abord pour tous les États la question des immunités en lien avec la compétence de la juridiction internationale et les actes accomplis *par la Cour elle-même*. Dans le cadre de la coopération des États Parties avec ladite juridiction, il règle ensuite la question des immunités dans les relations entre États Parties pour les actes accomplis *par les autorités nationales sur demande des juges internationaux*.³⁰⁷ À ce titre, l'article 27 constitue une dérogation conventionnelle au régime coutumier des immunités personnelle et fonctionnelle normalement applicable dans les relations entre États. En présence d'une telle dérogation, les normes coutumières continuent quand même de s'appliquer aux relations entre États Parties et États non parties.³⁰⁸

3. Les immunités coutumières dans les relations entre États Parties et États non parties au Statut de Rome en cas de poursuites internationales devant la Cour pénale internationale

Dans le contexte de la coopération des États Parties avec la Cour pénale internationale, l'article 98 du Statut de Rome régit la question des immunités coutumières dont ces États doivent assurer le respect au bénéfice des représentants d'États non parties. Incorporé dans le Chapitre IX « Coopération internationale et assistance judiciaire », ledit article s'intitule : « Coopération en relation avec la renonciation à l'immunité et le consentement à la remise ». La jurisprudence de la juridiction pénale internationale a suscité de nombreux débats doctrinaux quant à l'applicabilité de l'article 98 à la relation entre un État Partie et un État non Partie dont la situation a été déférée par le Conseil de sécurité des Nations Unies. Afin de dépeindre au mieux le mécanisme introduit par l'article 98 du Statut de Rome, il semble approprié de développer l'hypothèse de poursuites à l'encontre du représentant d'un État non partie en l'absence de résolution du Conseil

³⁰⁷ D. Akande, « The Legal Nature of the Security Council Referrals to the ICC and its Impact on Al Bashirs Immunities », J. Int. Crim. Justice, 2009, Vol. 9, pp. 337 et 338 ; C. Kress et K. Prost, *supra* note 291, p. 1607 ; G. Werle et F. Jessberger, *supra* note 5, p. 278.

³⁰⁸ Le droit coutumier continue également de s'appliquer aux relations entre États non parties au traité. Un État non partie au Statut de Rome pourrait être contraint de coopérer avec la Cour pénale internationale par l'effet d'une résolution du Conseil de sécurité. Une relation entre États non parties est donc concevable : l'État non partie requis de coopérer avec la Cour accomplirait une action contraignante à l'encontre du représentant d'un autre État non partie dans le contexte de poursuites devant la juridiction internationale. En raison de sa grande spécificité et dès lors qu'elle ne s'est encore jamais produite dans les faits, cette situation ne sera pas étudiée dans le cadre de cet article.

de sécurité avant de s'intéresser aux discussions relatives à l'hypothèse de poursuites à l'encontre du représentant d'un État non partie en présence d'une résolution dudit Conseil.

3.1. En l'absence d'une résolution du Conseil de sécurité

Les critères conditionnant la compétence de la Cour pénale internationale n'excluent pas que des poursuites soient engagées à l'encontre du représentant d'un État non partie sans intervention du Conseil de sécurité des Nations Unies. En effet, l'article 12 § 2 du Statut de Rome prévoit que les juges de La Haye pourront connaître des crimes internationaux accomplis sur le territoire d'un État Partie ou perpétrés par le ressortissant d'un État Partie.³⁰⁹ En d'autres termes, les crimes de guerre, de génocide et les crimes contre l'humanité commis par des représentants d'États non parties relèvent bien de la compétence de la juridiction internationale lorsqu'ils ont été commis sur le territoire d'un État Partie. Cette hypothèse n'a toutefois jamais été rencontrée en pratique. Pour l'illustrer, bien que les États-Unis ne soient pas parties au Statut de Rome, un représentant américain pourrait être jugé par la Cour pénale internationale pour les potentiels crimes de guerre dont il se serait rendu coupable sur le territoire afghan³¹⁰ à dater du 1^{er} mai 2003.³¹¹ La Cour pourrait également être amenée à se prononcer sur la responsabilité pénale du représentant d'un État non partie dans d'autres circonstances. En effet, par le biais d'une déclaration déposée conformément à l'article 12 § 3 du Statut, un État non partie pourrait donner compétence à la Cour pour connaître d'une crime potentiellement perpétré par les représentants d'un autre État tiers agissant sur son territoire.³¹² Ainsi, la Palestine³¹³ et l'Ukraine³¹⁴ ont déposé une telle déclaration auprès du

³⁰⁹ Statut de Rome, *supra* note 7, article 12, § 2, (a) et (b).

³¹⁰ Un examen préliminaire est en cours concernant la situation en Afghanistan. Pour plus de renseignements à ce sujet, voy. <https://www.icc-cpi.int/afghanistan?ln=fr>.

³¹¹ L'Afghanistan a ratifié le Statut de Rome le 10 février 2003. Voy. https://asp.icc-cpi.int/fr_menus/asp/states%20parties/asian%20states/Pages/afghanistan.aspx. Celui-ci est donc entré en vigueur pour l'État afghan le 1^{er} mai 2003 en vertu de l'article 126 du Statut de Rome. Voy. Statut de Rome, *supra* note 7, article 126, § 1.

³¹² Statut de Rome, *supra* note 7, article 12, § 3.

³¹³ Abbas, M., Président de l'État de Palestine, Declaration Accepting the Jurisdiction of the International Criminal Court, 31 décembre 2014, disponible sur https://www.icc-cpi.int/iccdocs/PIDS/press/Palestine_A_12-3.pdf.

³¹⁴ Ambassade de l'Ukraine au Royaume des Pays-Bas, 9 avril 2014, disponible sur <https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/997/declarationRecognitionJurisdiction09-04-2014.pdf>.

Greffier de la Cour respectivement le 1^{er} janvier 2015³¹⁵ et le 17 avril 2014.³¹⁶ Il n'est donc pas impossible que ces déclarations aboutissent à terme à des poursuites contre des représentants israéliens ou russes,³¹⁷ Israël et la Russie n'étant pas parties au Statut de Rome.

Un État Partie tenu de coopérer avec la juridiction pénale internationale dans le cadre de poursuites à l'encontre du représentant d'un État non partie continue d'assumer des obligations immunitaires vis-à-vis de ce représentant. En effet, l'État représenté n'a, dans ce cas, pas renoncé à l'immunité de son représentant par l'acceptation de l'article 27 du Statut. Dès lors, s'ils exigeaient de l'État Partie l'accomplissement d'un acte contraignant à l'encontre du représentant de l'État non partie, les juges internationaux placeraient les autorités nationales dans une position inconfortable d'obligations contradictoires. D'une part, l'État serait contraint d'exécuter l'action requise par les juges pour respecter son obligation conventionnelle de coopération découlant du Statut de Rome. D'autre part, l'État serait obligé de ne pas y procéder pour se conformer à son obligation coutumière en matière d'immunité(s). Heureusement pour l'État Partie, l'article 98 du Statut de Rome offre une porte de sortie à cette situation de conflit d'obligations. Plus exactement, il fait disparaître la situation conflictuelle car il interdit à la Cour d'imposer à un État Partie de coopérer avec elle si cela implique pour lui de violer ses obligations immunitaires découlant du droit coutumier.³¹⁸ L'article 98 du Statut de Rome déroge ainsi au régime de coopération obligatoire, établissant la possibilité pour les États Parties de ne pas exécuter les demandes de la Cour pénale internationale afin de préserver les immunités des représentants des États non parties. Il réaffirme les obligations immunitaires des États Parties vis-à-vis des États non parties. Aux termes de l'article 98 § 1 du Statut de Rome, « la Cour ne peut

³¹⁵ C.P.I., Communiqué de presse, « La Palestine déclare son acceptation de la compétence de la CPI à partir du 13 juin 2014 », 5 janvier 2015, disponible sur <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=pr1080&ln=fr>.

³¹⁶ C.P.I., Communiqué de presse, « Le Procureur de la Cour pénale internationale, Fatou Bensouda, ouvre un examen préliminaire en Ukraine », 25 avril 2014, disponible sur <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=pr999&ln=fr>.

³¹⁷ Il ressort en tout cas du dernier rapport d'activité du Bureau du Procureur qu'il s'intéresse à des faits accomplis par des membres des forces armées israéliennes de la défense et aux actions des forces russes. Voy. C.P.I., Bureau du Procureur, « Rapport sur les activités menées en 2016 en matière d'examen préliminaire », 14 novembre 2016, disponible sur https://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/161114-otp-rep-PE_FRA.pdf.

³¹⁸ Amnesty International, *supra* note 283, p. 18 ; M. Benzing, *supra* note 42, p. 198 ; S. Williams et L. Sherif, *supra* note 282, p. 86.

[donc pas] 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 ». ³¹⁹ Deux scénarios sont concrètement envisageables : soit la *Cour* obtient de l'État tiers la levée de l'immunité de son représentant et peut, en conséquence, contraindre l'État requis (qui ne supportera plus d'obligations immunitaires) d'exécuter sa demande de remise ou d'assistance ; soit la *Cour* n'obtient pas de l'État tiers la levée de l'immunité de l'intéressé et ne peut dès lors pas contraindre l'État requis de violer les obligations immunitaires qu'il continue d'assumer. Nonobstant l'utilisation du verbe de modalité « *may* » dans la version anglaise de la disposition – ce qui pourrait faire douter un non-anglophone –, l'article 98 § 1 crée bien une obligation dans le chef de la *Cour* de ne pas contraindre l'État Partie à violer ses obligations en matière d'immunités. Il oblige la *Cour*, lorsqu'elle requiert l'assistance des États Parties, à respecter les immunités coutumières qui interviennent dans les relations horizontales interétatiques. Soutenue par la doctrine, les juges internationaux estiment cependant que le pouvoir du dernier mot quant à l'application *in casu* des obligations immunitaires de l'État requis leur appartient exclusivement. ³²⁰ Une lecture combinée de l'article 119 § 1 du Statut de Rome ³²¹ et de l'article 195 § 1 du Règlement de procédure et de preuve de la *Cour* ³²² renforce ce point de vue. ³²³

³¹⁹ Statut de Rome, *supra* note 7, article 98, § 1. Nous soulignons.

³²⁰ C.P.I., O. Al Bashir (2011), Tchad, *préc.*, § 10 ; C.P.I., O. Al Bashir (2014), *préc.*, § 16 ; A. De Hoogh et A. Knottnerus, « ICC Issues New Decision on Al Bashir's Immunities – But Gets the Law Wrong... Again », 2014, disponible sur www.ejiltalk.org ; B. Broomhall, *supra* note 214, p. 142 ; C. Kress et K. Prost, *supra* note 291, p. 1603 ; W. Schabas, *supra* note 267, p. 1039 ; M. Benzing, *supra* note 42, p. 199. Notons que le pouvoir du dernier mot revient pareillement à la *Cour* dans le cadre de l'article 98 § 2 du Statut. Voy. D. Tallman, « Catch 98(2): Article 98 Agreements and the Dilemma of Treaty Conflict », *Geo. L.J.*, 2004, Vol. 92, p. 1053 ; S. Wirth (2001), *supra* note 235, p. 455 ; J. Crawford, P. Sands et R. Wilde, Joint Opinion, « In the Matter of the Statute of the International Criminal Court and in the Matter of Bilateral Agreements Sought by the United States under Article 98(2) of the Statute », 5 juin 2003, disponible sur www.amicc.org, pp. 11, 24 et 25.

³²¹ Statut de Rome, *supra* note 7, article 119, § 1.

³²² Règlement de procédure et de preuve de la *Cour pénale internationale*, Document ICC-ASP/1/3 (Partie II-A), adopté à New York le 9 septembre 2002, disponible sur www.icc-cpi.int, article 195, § 1.

³²³ Les États Parties au Statut de Rome ne sont pas tous convaincus que la décision

La terminologie de la disposition étudiée appelle plusieurs commentaires. Premièrement, malgré son utilisation courante en droit international public, l'expression « État tiers » a été diversement interprétée en doctrine. D'aucuns ont argué que la notion inclut tant les États non parties que les États Parties au Statut³²⁴ de sorte que l'article 98 du Statut pourrait être invoqué tant dans les relations entre États Parties que dans les relations entre États Parties et États non parties au Statut. Puisque l'expression est employée par opposition à la notion d'« État requis », ³²⁵ elle désignerait tous les États autres que celui tenu de livrer le représentant qui se trouve sur son territoire.³²⁶ Elle viserait ainsi tout État *tiers à la relation* entre la Cour et l'État requis.³²⁷ Une approche textuelle du Statut de Rome soutient sans doute cette première

en matière d'immunités revient à la Cour elle-même. Un rapide tour d'horizon des législations nationales démontre effectivement que les avis divergent. À titre d'illustrations, les lois canadienne et néo-zélandaise concèdent que la décision relève bien de la compétence de la Cour alors que les lois australienne et suisse considèrent que les autorités nationales décident si leur État est tenu de respecter une obligation immunitaire, auquel cas la Cour ne peut exiger l'exécution de sa demande de remise ou d'assistance à moins d'obtenir au préalable la levée de l'immunité. La loi anglaise retient une solution semblable à celle des lois australienne et suisse. D'une part, la loi donne au Secrétaire d'État le pouvoir de certifier avec valeur probante que l'État tiers représenté n'est pas partie au Statut de Rome ou que la Cour pénale internationale a obtenu la levée de l'immunité du représentant protégé en vue de sa remise. D'autre part, elle lui reconnaît le pouvoir de décider qu'aucune procédure d'arrestation ou de remise ne sera engagée à l'encontre d'un représentant qui bénéficie d'une immunité coutumière pouvant faire obstacle à ladite procédure. Voy. Loi sur l'extradition (Canada), adoptée le 17 juin 1999, disponible sur laws-lois.justice.gc.ca (telle que modifiée par la loi canadienne sur les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre, adoptée le 29 juin 2000, disponible sur laws-lois.justice.gc.ca), article 6, § 1 ; International Crimes and International Criminal Court Act 2000 (Nouvelle-Zélande), adopté le 6 septembre 2000, disponible sur www.legislation.govt.nz, sections 66 et 120 ; International Criminal Court Act 2002 (Australie), adopté le 27 juin 2002, disponible sur www.comlaw.gov.au, Partie 2, section 12 ; International Criminal Court Act 2001 (Royaume-Uni), *supra* note 292, section 23, §§ 3 et 4.

³²⁴ Voy. notamment D. Akande, *supra* note 42, p. 423.

³²⁵ P. Gaeta (2002), *supra* note 87, p. 991.

³²⁶ M. Falkowska et A. Verdebout, « L'opposition de l'Union africaine aux poursuites contre Omar Al Bashir : Analyse des arguments juridiques avancés pour entraver le travail de la Cour pénale internationale et leur expression sur le terrain de la coopération », *R.B.D.I.*, 2012, n° 1, p. 227 ; H.-P. Kaul et C. Kress, *supra* note 282, p. 164 ; C. Kress et K. Prost, *supra* note 291, p. 1606.

³²⁷ J. Ralph, « Article 98 : Coopération en relation avec la renonciation à l'immunité et le consentement à la remise », in J. Fernandez et X. Pacreau (dir.), *Statut de Rome de la Cour pénale internationale : Commentaire article par article*, Vol. 2, Paris, Pedone, 2012, p. 1914.

interprétation. *Primo*, le Statut de Rome utilise habituellement une autre expression pour viser les États qui ne l'ont pas ratifié. Il préfère en effet renvoyer aux États non parties, comme dans l'article 87 § 5 (a) et (b), de même que dans l'article 90 § 4 et § 6.³²⁸ *Secundo*, les références aux États tiers dans les autres dispositions du Statut, telles qu'aux articles 93 § 9 (b) et 108 § 1,³²⁹ ne couvrent pas seulement les États non parties à celui-ci. Bien que fondée sur une lecture systémique du Statut de Rome, cette interprétation de l'article 98 § 1 du Statut ne convainc pas. Elle est contraire à la compréhension traditionnelle de l'expression « État tiers » en droit des traités. Comme le fait justement remarquer la Rapporteuse spéciale C. Escobar Hernández,³³⁰ l'expression « État tiers » ne comprend que les États non parties au Statut.³³¹ Ainsi, l'article 1 (h) de la Convention de Vienne sur le droit des traités définit l'État tiers comme un « État qui n'est pas partie au traité ».³³² Le concept d'« État tiers » ne vise pas l'État tiers à la relation entre l'État requis et la Cour mais s'entend de l'État *tiers au Statut*. De surcroît, l'inclusion des États non parties dans la notion d'« État tiers » menace l'effectivité de l'article 27 du Statut qui serait en réalité confiné à une application excessivement restreinte voire serait rendu inopérant.³³³ Si les autorités nationales peuvent invoquer en toutes circonstances l'article 98 du Statut et refuser d'arrêter le représentant en cause, la Cour n'exercera en pratique jamais sa compétence et l'article 27 ne trouvera jamais à s'appliquer. Seules deux rares hypothèses permettraient de donner effet utile à l'article 27 du Statut : d'une part, lorsque l'accusé se livre lui-même ; d'autre part, lorsqu'il est livré par une entité non-étatique.³³⁴ Considérer que la notion d'« État tiers » englobe tant les États Parties que

³²⁸ Statut de Rome, *supra* note 7, articles 87, § 5 (a) et (b), et 90, §§ 4 et 6 ; D. Akande, *supra* note 43, p. 423 ; A. Bellal, *supra* note 14, p. 170 ; C. Kress et K. Prost, *supra* note 291, p. 1606.

³²⁹ Statut de Rome, *supra* note 7, articles 93, § 9 (b) et 108, § 1.

³³⁰ C. Escobar Hernández, *supra* note 69, § 164.

³³¹ D. Akande, *supra* note 42, p. 425 ; P. Gaeta (2009), *supra* note 42, p. 328 ; K. Mills, « “Bashir is Dividing Us”: Africa and the International Criminal Court », *H.R.Q.*, 2012, n° 2, p. 430 ; J. Foakes, *supra* note 14, p. 200 ; M. Ssenyonjo, « The Rise of the African Union Opposition to the International Criminal Court's Investigations and Prosecutions of African Leaders », *Int'l Crim. L. Rev.*, 2013, Vol. 13, p. 407 ; M. Frulli (2002), *supra* note 89, p. 227 ; S. Papillon, *supra* note 251, p. 283 ; S. Williams et L. Sherif, *supra* note 282, p. 86 ; B. Baban, *supra* note 14, p. 353 ; P. Wardle, *supra* note 250, p. 188.

³³² Convention de Vienne sur le droit des traités, *supra* note 135, article 1 (h). Voy. aussi *Ibid.*, articles 34 à 38.

³³³ D. Akande, *supra* note 42, p. 424 ; D. Akande, *supra* note 306, p. 338.

³³⁴ D. Akande, *supra* note 42, p. 425 ; D. Akande, *supra* note 306, p. 338.

les États non parties équivaut à faire de la levée *ad hoc* des immunités du représentant impliqué une condition *sine qua non* à l'exécution de la demande de remise de la juridiction internationale.³³⁵ Il est plus raisonnable de considérer que l'État requis partie au Statut est seulement autorisé à invoquer l'article 98 § 1 lorsque la Cour pénale internationale demande la remise d'un représentant d'un État non partie présent sur son territoire. Cela lui est par contre interdit lorsque cette dernière exige la remise d'un représentant d'un autre État Partie au Statut,³³⁶ compte tenu du fait que cet autre État Partie a renoncé à l'immunité de son représentant en ratifiant le Statut.

Deuxièmement, l'article 98 § 1 du Statut de Rome ne vise que la demande de remise ou d'assistance. Amnesty International considère dès lors que l'État Partie requis de coopérer est tenu d'exécuter une *demande d'arrestation*,³³⁷ même si cela implique pour lui de violer les obligations qu'il assume en matière d'immunités. L'État requis n'aurait ainsi la possibilité, en vertu de l'article 195 du Règlement de procédure et de preuve de la Cour,³³⁸ de porter à la connaissance de cette dernière le problème d'exécution au regard de l'article 98 du Statut qu'après avoir procédé à l'arrestation de la personne concernée.³³⁹ La position d'Amnesty International semble extrême. En effet, s'il est indéniable que l'article 98 § 1 ne fait pas mention de la demande d'arrestation, il est tout aussi évident que la délivrance d'un mandat d'arrêt sous-tend la remise de l'individu à la juridiction permanente une fois celui-ci arrêté. Signalons quand même que certains auteurs³⁴⁰ se montrent plus prudents et n'excluent pas l'hypothèse selon laquelle l'absence de mention de la demande d'arrestation serait intentionnelle de la part des rédacteurs du Statut.

Troisièmement, le Statut de Rome contraint la Cour pénale internationale à obtenir la levée de l'immunité du représentant poursuivi dans les seules hypothèses où l'État requis assume des *obligations de droit international* « en matière d'immunité des États ou d'immunité diplomatique d'une personne ou de biens d'un État tiers ». ³⁴¹ Dès lors que les rédacteurs du

³³⁵ P. Gaeta (2002), *supra* note 87, p. 993.

³³⁶ D. Akande, *supra* note 43, p. 425 ; D. Akande, *supra* note 306, p. 339 ; P. Gaeta (2002), *supra* note 87, p. 994 ; H. Fox (2005), *supra* note 5, § 10.

³³⁷ Voy. Amnesty International, *supra* note 283, p. 52 .

³³⁸ Règlement de procédure et de preuve de la C.P.I., *supra* note 321, article 195, § 1. Voy. aussi Statut de Rome, *supra* note 7, article 97.

³³⁹ Amnesty International, *supra* note 283, p. 53.

³⁴⁰ Voy. par exemple J. Iverson, « The Continuing Functions of Article 98 of the Rome Statute », *Go.J.I.L.*, 2012, Vol. 4, p. 147.

³⁴¹ Statut de Rome, *supra* note 7, article 98, § 1.

Statut ont défini quels types d'obligations immunitaires internationales contraignent la juridiction internationale à obtenir au préalable la levée de l'immunité, leur volonté de précision devrait avoir un sens.³⁴² Or, le lecteur vigilant aura relevé que la disposition ne vise pas expressément les immunités des représentants de l'État, notamment des chefs d'État,³⁴³ à l'exception de l'immunité diplomatique. Ainsi, le Malawi, le Tchad, la République démocratique du Congo, Djibouti, l'Ouganda ou l'Afrique du Sud n'auraient pu *a priori* justifier leur refus d'exécuter les mandats d'arrêt délivrés par les juges internationaux à l'encontre d'O. Al Bashir en invoquant l'article 98 du Statut dès lors que ce dernier n'est ni un État en tant que tel ni un diplomate.³⁴⁴ Toutefois, le précédent Rapporteur spécial R. Kolodkin a souligné dans son rapport préliminaire que « toutes les immunités de juridiction étrangère de tous les représentants d'États découlent de l'immunité de l'État lui-même ». ³⁴⁵ Par ailleurs, les États sont bien titulaires des immunités de leurs représentants.³⁴⁶ Malgré l'ambiguïté textuelle de l'article 98 § 1 du Statut, il est clair que la notion d'« immunité des États » s'entend, dans le contexte de cette disposition, de l'immunité des représentants de l'État. Par ailleurs, les obligations de droit international s'entendent principalement des obligations issues du droit international coutumier et des principes généraux de droit.³⁴⁷ En vue de donner toute son utilité au prescrit de l'article 98 § 2 du Statut³⁴⁸ – qui ne sera pas examiné dans le cadre de cette analyse –, il semble logique d'exclure de l'alinéa 1^{er} dudit article les obligations découlant du droit conventionnel puisque le second alinéa fixe expressément le sort à réserver aux obligations immunitaires conventionnelles.

3.2. En présence d'une résolution du Conseil de sécurité

Outre les crimes internationaux perpétrés par des représentants d'États

³⁴² J. Iverson, *supra* note 339, p. 141 ; J. Iverson, « Head of State Immunity is not the same as State Immunity: A Response to the African Union's Position on Article 98 of the ICC Statute », 2012, disponible sur www.ejiltalk.org.

³⁴³ J. Iverson (2012), *supra* note 339, p. 142 ; P. Hobbs, « Contemporary Challenges in Relation to the Prosecution of Senior State Officials before the International Criminal Court », *Int'l Crim. L. Rev.*, 2015, Vol. 15, p. 84.

³⁴⁴ Voy. en ce sens J. Iverson (2012), *supra* note 341 ; D. Tladi, « Cooperation, Immunities, and Article 98 of the Rome Statute: The ICC, Interpretation, and Conflicting Norms », *A.S.I.L. Proceedings*, 2012, Vol. 106, p. 307.

³⁴⁵ R. Kolodkin, *supra* note 3, p. 52, note de bas de page n° 205.

³⁴⁶ B. Tranchant, *supra* note 250, p. 633.

³⁴⁷ W. Schabas, *supra* note 267, p. 1040 ; M. Ssenyonjo (2013), *supra* note 330, p. 408 ; M. Benzing, *supra* note 42, p. 200.

³⁴⁸ W. Schabas, *supra* note 267, p. 1040.

non parties sur le territoire d'un État Partie ou d'un État non partie ayant effectué une déclaration conformément à l'article 12 § 3 du Statut, la Cour pénale internationale peut également connaître des faits accomplis par des représentants d'États non parties dont la situation lui a été déférée par le Conseil de sécurité des Nations Unies. En vertu d'une lecture combinée de l'article 12 § 2 et de l'article 13 (b) du Statut, les conditions alternatives *ratione loci* ou *personae* déclenchant la compétence de la Cour ne s'appliquent pas en cas de saisine par ledit Conseil.³⁴⁹ Deux situations d'États non parties ont ainsi pu être déferées par l'organe onusien à la juridiction internationale. Il s'agit de la situation au Darfour, déférée par la Résolution 1593, et de celle de la Libye, déférée par la Résolution 1970.³⁵⁰ Plusieurs mandats d'arrêt ont été délivrés par les juges internationaux dans le contexte de chacune des situations. Concernant la situation du Darfour au Soudan, des mandats d'arrêt non exécutés à l'heure actuelle ont été délivrés à l'encontre d'O. Al Bashir, Président soudanais, A. Harun, Ministre d'État chargé de l'Intérieur au sein du gouvernement soudanais, et A. R. M. Hussein, Ministre de la Défense soudanais.³⁵¹ S'agissant de la situation en Libye, comme indiqué précédemment, des mandats d'arrêts ont été émis à l'encontre de M. Qadhafi, à l'époque chef d'État *de facto* de l'État libyen, S. A.-I. Qadhafi, Premier ministre *de facto* de la Libye, de même qu'à l'encontre d'A. Al-Senussi, Chef du renseignement militaire libyen.³⁵²

L'incidence des résolutions du Conseil de sécurité sur le régime des immunités de ces représentants étatiques a été analysée à plusieurs reprises par la Cour pénale internationale, en particulier dans le cadre de l'affaire O. Al Bashir. Opposée au travail de la juridiction internationale

³⁴⁹ Statut de Rome, *supra* note 7, articles 12, § 2 et 13 (b).

³⁵⁰ Résolution 1970 du Conseil de sécurité, 26 février 2011 ; Résolution 1593 du Conseil de sécurité, 31 mars 2005.

³⁵¹ C.P.I., Chambre préliminaire I, Affaire n° ICC-02/05-01/07, A. M. Harun et A. M. A. Abd-Al-Rahman, 27 avril 2007, *Mandat d'arrêt à l'encontre d'Ahmad Harun*, disponible sur www.icc-cpi.int ; C.P.I., Chambre préliminaire I, Affaire n° ICC-02/05-01/12, A. R. M. Hussein, 1^{er} mars 2012, *Mandat d'arrêt à l'encontre d'Abdel Raheem Muhammad Hussein*, disponible sur www.icc-cpi.int ; C.P.I., O. Al Bashir (2009), *Mandat d'arrêt à l'encontre d'Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, *préc.* ; C.P.I., O. Al Bashir (2010), *préc.*

³⁵² C.P.I., M. M. A. M. Gaddafi, S. A.-I. Gaddafi et A. Al-Senussi (2011), *Mandat d'arrêt à l'encontre de Muammar Mohammed Abu Minyar Qadhafi*, *préc.* ; C.P.I., M. M. A. M. Gaddafi, S. A.-I. Gaddafi et A. Al-Senussi (2011), *Mandat d'arrêt à l'encontre de Saïf Al-Islam Gaddafi*, *préc.* ; C.P.I., Chambre préliminaire I, Affaire n° ICC-01/11, M. M. A. M. Gaddafi, S. A.-I. Gaddafi et A. Al-Senussi, 27 juin 2011, *Mandat d'arrêt à l'encontre d'Abdullah Al-Senussi*, disponible sur www.icc-cpi.int.

fortement orienté vers le continent africain, l'Union africaine a demandé à ses États Membres de ne pas coopérer à l'arrestation et à la remise d'O. Al Bashir à la Cour sur la base de l'article 98 du Statut.³⁵³ Aux yeux de l'Union africaine, les représentants du Soudan, État non partie dont la situation a été déférée à la juridiction pénale internationale par le Conseil de sécurité, ne devraient donc pas recevoir un traitement différent de tout représentant d'un État non partie. Les juges internationaux ne partagent pas cette position. En effet, bien que son raisonnement ait évolué au fil des décisions rendues avant de se stabiliser, la Cour est d'avis que l'État Partie requis de coopérer est privé de la faculté d'invoquer l'article 98 § 1 du Statut quant à une demande d'arrestation et de remise d'un représentant du Soudan.

Condamnant la non-coopération du Malawi et du Tchad, la Cour a d'abord prétendu en 2011 qu'il existait une exception coutumière aux immunités de droit international lorsqu'une demande d'arrestation émanait d'une juridiction internationale.³⁵⁴ L'affirmation d'une telle exception est douteuse. Si elle existait, cette exception supprimerait non seulement les immunités des représentants d'États Parties mais aussi celles des représentants de *tous* les États non parties (pas uniquement de ceux dont la situation a été déférée) dès que des autorités nationales agissent sur demande de la Cour. L'article 98 § 1 serait donc totalement dépourvu d'utilité puisque les États Parties n'assumeraient jamais d'obligations immunitaires en droit coutumier lorsque les juges internationaux leur adressent une demande d'arrestation et de remise.³⁵⁵

³⁵³ Voy. Décision sur le rapport de la Commission sur la réunion des États africains parties au Statut de Rome de la Cour pénale internationale, Document Assembly/AU/13(XIII), prise par l'Union africaine à Syrte le 3 juillet 2009, disponible sur www.au.int/fr, § 10 ; Décision sur le rapport intérimaire de la Commission sur la mise en œuvre des décisions de la Conférence sur la Cour pénale internationale, Document EX.CL/710(XX), prise par l'Union africaine à Addis-Abeba les 29 et 30 janvier 2012, disponible sur www.au.int/fr, § 6 ; Decision on the Progress Report of the Commission on the Implementation of Previous Decisions on the International Criminal Court, Document Assembly/AU/18(XXIV), prise par l'Union africaine à Addis-Abeba les 30 et 31 janvier 2015, disponible sur www.au.int, § 19.

³⁵⁴ C.P.I., O. Al Bashir (2011), Tchad, *préc.*, § 13 ; C.P.I., O. Al Bashir (2011), Malawi, *préc.*, § 43.

³⁵⁵ Voy. en ce sens B. Tranchant, *supra* note 250, pp. 648, 651, 652 et 656 ; Communiqué de presse de l'Union africaine sur les décisions de la Chambre Préliminaire I de la Cour pénale internationale en vertu de l'article 87 (7) du Statut de Rome concernant le prétendu refus de la République du Tchad et de la République du Malawi d'accéder aux demandes de coopération émises par la Cour dans le cadre de l'arrestation et de la remise du Président Omar Hassan Al Bashir de la République du Soudan, 2012, disponible sur www.au.int, p. 1.

Ultérieurement, dans une décision du 9 avril 2014 relative à la non-coopération de la République démocratique du Congo, la Cour a considéré qu'en exigeant du Soudan qu'il « coop[ère] pleinement » et lui « apport[e] toute l'assistance nécessaire », ³⁵⁶ la Résolution 1593 du Conseil de sécurité a « implicitement levé les immunités dont jouissait O. Al Bashir en vertu du droit international et qui s'attachaient à sa fonction de chef d'État ». ³⁵⁷ Par conséquent, aux yeux des juges internationaux, la République démocratique du Congo n'assumait plus d'obligations immunitaires vis-à-vis du Soudan qui soient incompatibles avec la demande de remise et ne pouvait dès lors pas invoquer à son avantage l'article 98 § 1 du Statut. Cette motivation judiciaire fondée sur une levée implicite de l'immunité par le Conseil de sécurité a été rappelée à l'Afrique du Sud à l'occasion d'une décision du 13 juin 2015 rendue sur la demande du Procureur de clarifier l'obligation sud-africaine d'arrêter le Président soudanais. ³⁵⁸ L'Afrique du Sud avait refusé de procéder à l'arrestation du Président alors en visite officielle sur son territoire à l'occasion du Sommet de l'Union africaine, estimant qu'il jouissait de l'immunité coutumière *ratione personae*. Neuf mois plus tard, cette décision internationale a été avalisée en droit interne. La Cour suprême d'Afrique du Sud a fait sienne cette opinion de la juridiction internationale, jugeant le 15 mars 2016 que le chef d'État soudanais ne bénéficiait en effet d'aucune immunité et que dès lors le refus de procéder à son arrestation méconnaissait les obligations découlant du Statut de Rome. ³⁵⁹ Enfin, la Cour pénale internationale a confirmé sa jurisprudence dans deux décisions ultérieures du 11 juillet 2016. Ainsi, se contentant d'un simple renvoi à sa jurisprudence de 2014, la Cour a maintenu sa position et a pris acte de la non-exécution de sa demande de remise et d'arrestation d'O. Al Bashir par la République de Djibouti et la République de l'Ouganda. ³⁶⁰

³⁵⁶ Résolution 1593 du Conseil de sécurité, *supra* note 349, point 2.

³⁵⁷ C.P.I., O. Al Bashir (2014), *préc.*, § 29.

³⁵⁸ C.P.I., Chambre Préliminaire II, Affaire n° ICC-02/05-01/09, O. Al Bashir, 13 juin 2015, *Decision following the Prosecutor's request for an order further clarifying that the Republic of South Africa is under the obligation to immediately arrest and surrender Omar Al Bashir*, disponible sur www.icc-cpi.int, §§ 6, 8 et 9.

³⁵⁹ Cour suprême d'Afrique du Sud, *The Minister of Justice and Constitutional Development v The Southern African Litigation Centre*, 15 mars 2016, disponible sur http://www.justice.gov.za/sca/judgments/sca_2016/sca2016-017.pdf.

³⁶⁰ C.P.I., Chambre Préliminaire II, Affaire n° ICC-02/05-01/09, O. Al Bashir, 11 juillet 2016, *Décision prenant acte de la non-exécution par la République de Djibouti de la demande d'arrestation et de remise d'Omar Al Bashir à la Cour et envoyant la question au Conseil de sécurité et à l'Assemblée des États Parties au Statut de Rome*, disponible sur www.icc-cpi.int, spéc. §§ 11 à 13 ; C.P.I.,

Cette jurisprudence récente de la Cour pénale internationale articulée autour d'une levée implicite de l'immunité par le Conseil de sécurité est critiquable. La Résolution 1593 du Conseil ne contient pas la levée d'immunités que la Cour semblait en déduire.³⁶¹ N'y figure en tout cas aucune mention expresse en ce sens.³⁶² Pour rappel, le Conseil de sécurité a simplement annoncé dans le point 2 de sa Résolution que les autorités soudanaises devaient « coopérer pleinement avec la Cour et le Procureur et leur apporter toute l'assistance [requis] ». ³⁶³ À moins de lire entre les lignes ce qui ne s'y trouve pas – solution que ne privilégie pas la Cour internationale de Justice dans l'interprétation d'une résolution du Conseil de sécurité³⁶⁴ –, une lecture de la Résolution 1593 ne permet pas de constater la levée des immunités du Président soudanais. Dans son *Avis consultatif relatif à la conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance du Kosovo*, la Cour internationale de Justice a fourni quelques clefs d'interprétation des résolutions de l'organe onusien. Il ressort de cet avis qu'outre l'analyse de ce que *dit* le Conseil de sécurité dans ses résolutions,³⁶⁵ un examen de « certaines déclarations faites par les représentants d'États membres du Conseil de sécurité à l'époque de leur adoption » peut s'avérer fructueux.³⁶⁶ Or, le procès-verbal de la 5158^e séance du Conseil de sécurité, lors de laquelle la Résolution 1593 a été adoptée, n'apporte aucune précision qui permettrait de penser que le Conseil entendait lever les immunités du haut représentant soudanais à travers

Chambre Préliminaire II, Affaire n° ICC-02/05-01/09, O. Al Bashir, 11 juillet 2016, *Décision prenant acte de la non-exécution par la République de l'Ouganda de la demande d'arrestation et de remise d'Omar Al Bashir à la Cour et envoyant la question au Conseil de sécurité et à l'Assemblée des États Parties au Statut de Rome*, disponible sur www.icc-cpi.int, spéc. §§ 11 à 13

³⁶¹ A. De Hoogh et A. Knottnerus, *supra* note 319

³⁶² En faveur d'une levée expresse de l'immunité, voy. D. Jacobs (2015), *supra* note 254, p. 295.

³⁶³ Résolution 1593 du Conseil de sécurité, *supra* note 349, point 2 ; Résolution 1970 du Conseil de sécurité, *supra* note 349, point 5.

³⁶⁴ *Avis consultatif, Affaire relative à la conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo*, avis consultatif, C.I.J. Recueil 2010, p. 403, §§ 117 et 118 : « Les termes utilisés dans la résolution peuvent être riches d'enseignements à cet égard » et « pareille interdiction ne peut non plus être inférée du *texte de la résolution*, lu dans son contexte et à la lumière de son objet et de son but. Le *libellé de la résolution* 1244 (1999) du Conseil de sécurité est, au mieux, ambigu à cet égard ». Nous soulignons.

³⁶⁵ *Ibidem*. Voy. aussi P. D'Argent, « Kosovo : vouloir être ne viole pas le droit international », *J.T.*, 2011, p. 5.

³⁶⁶ C.I.J., *Avis consultatif relatif à la conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo*, *préc.*, § 94.

le point 2 de sa Résolution. La problématique immunitaire apparaît, certes, dans les déclarations des États-Unis, de la France, du Bénin et du Brésil.³⁶⁷ Les cinq occurrences de la notion d'immunité³⁶⁸ dans le procès-verbal se rapportent toutefois au point 6 de la Résolution qui traite la compétence exclusive des États non parties pour connaître des actes de leurs représentants accomplis dans le cadre d'« opérations au Soudan établies ou autorisées par le Conseil ou l'Union africaine ou s'y rattachant ».³⁶⁹ Ni la Résolution elle-même ni le procès-verbal de la séance n'autorisent à conclure à l'existence d'une levée d'immunités par le Conseil de sécurité. Nul besoin donc de se pencher dans cette affaire sur l'épineuse question du pouvoir du Conseil de sécurité de lever les immunités coutumières. Par ailleurs, une observation factuelle ne plaide certainement pas en faveur de l'argumentation retenue par les juges de la Cour pénale internationale dans les différentes affaires précitées. Alors même qu'elle avait renvoyé les questions de la non-coopération du Malawi, du Tchad, de la République démocratique du Congo, et dernièrement du Djibouti et de l'Ouganda au Conseil de sécurité,³⁷⁰ la Cour s'est inexorablement heurtée à « un mur de silence ».³⁷¹ Même si certains membres du Conseil de sécurité se montrent sensibles au problème récurrent de non-coopération avec la Cour³⁷² et cherchent à trouver une solution institutionnelle à l'indifférence caractérisée du Conseil vis-à-vis des renvois de la Cour,³⁷³ aucune autre résolution,

³⁶⁷ Conseil de sécurité, Compte rendu de la 5158^e séance tenue le 31 mars 2016, Document S/PV.5158, disponible sur www.un.org, pp. 4, 9, 11 et 12

³⁶⁸ La notion d'immunité apparaît deux fois dans la déclaration brésilienne. Voy. *Ibid.*, pp. 11 et 12.

³⁶⁹ Résolution 1593 du Conseil de sécurité, *supra* note 349, point 6.

³⁷⁰ C.P.I., O. Al Bashir (2011), Malawi, *préc.*, § 47 ; C.P.I., O. Al Bashir (2011), Tchad, *préc.*, § 14 ; C.P.I., O. Al Bashir (2014), *préc.*, § 34 ; C.P.I., O. Al Bashir (2016), Ouganda, *préc.*, § 15 ; C.P.I., O. Al Bashir (2016), Djibouti, *préc.*, § 15. Notons que dans ces deux dernières affaires, la Cour renvoie cette question de non-coopération des États Parties non seulement au Conseil de sécurité mais également à l'Assemblée des États Parties. La Cour pénale internationale semble ainsi interpréter le « ou » de l'article 87 § 7 de son Statut comme étant inclusif et non exclusif.

³⁷¹ Conseil de sécurité, Compte rendu de la 7478^e séance tenue le 29 juin 2015, Document S/PV.7478, disponible sur www.un.org, p. 2 (Madame Bensouda, Procureure de la C.P.I.).

³⁷² Voy. récemment Conseil de sécurité, Compte rendu de la 7710^e séance tenue le 9 juin 2016, Document S/PV.7710, disponible sur www.un.org (Royaume-Uni, Ukraine, Espagne, Uruguay, Japon, France) ; Conseil de sécurité, Compte rendu de la 7833^e séance tenue le 13 décembre 2016, Document S/PV.7833, disponible sur www.un.org (Ukraine, Uruguay, France).

³⁷³ Voy. récemment Conseil de sécurité, 7710^e séance, *supra* note 371 (Nouvelle-

décision ou déclaration officielle du Conseil n'insiste, après la Résolution 1593, sur l'importance de la coopération des États dans le cadre du conflit au Darfour, ni ne rappelle spécifiquement aux États Parties au Statut leurs obligations de coopération. La Procureure de la Cour, Madame F. Bensouda, regrettait lors des dernières séances du Conseil de sécurité relatives aux rapports du Secrétaire général sur le Soudan et le Soudan du Sud les « conséquences néfastes » de cette anesthésie du Conseil. Elle pointait en particulier les comportements du Président soudanais qui continue de voyager en toute liberté et ceux des États qui permettent ou suscitent ses voyages.³⁷⁴ Ce que la Procureure omettait de noter est que l'extrême passivité du Conseil de sécurité, auteur de la Résolution 1593, face à la culture ambiante de non-coopération n'épaulait pas les interprétations données par la Cour à ladite Résolution. Dès lors, si le Conseil de sécurité n'avait, certes, pas infirmé la levée implicite de l'immunité que la Cour déduisait de sa résolution, il ne l'avait pas validée et son absence de réaction soutenait même la thèse inverse.

Alors qu'une certaine constance jurisprudentielle semblait se dévoiler depuis la décision constatant la non-coopération de la République démocratique du Congo, la Cour pénale internationale n'avait en réalité pas dit son dernier mot. Le 8 décembre 2016, la Chambre Préliminaire II décidait de convoquer une audience publique en vue de prendre une décision relativement à l'Afrique du Sud en application de l'article 87 § 7 du Statut de Rome,³⁷⁵ qui sanctionne le défaut de coopération par une possibilité de renvoi à l'Assemblée des États Parties ou au Conseil de sécurité.³⁷⁶ Elle invitait alors le Procureur, les représentants de l'Afrique du Sud et les représentants des Nations Unies à assister à l'audience et à présenter des observations écrites. Dans un document de trente-trois pages, le gouvernement de l'Afrique du Sud tentait une dernière fois de faire valoir ses arguments en faveur de l'immunité du Président soudanais³⁷⁷ tandis que dans un document encore plus long, qui ne

Zélande, Uruguay, France) ; Conseil de sécurité, 7833^e séance, *supra* note 371 (Royaume-Uni, Nouvelle-Zélande, France, Japon).

³⁷⁴ Voy. Conseil de sécurité, 7710^e séance, *supra* note 371, p. 2 ; Conseil de sécurité, 7833^e séance, *supra* note 371, p. 3.

³⁷⁵ C.P.I., Chambre Préliminaire II, Affaire n° ICC-02/05-01/09, O. Al Bashir, 8 décembre 2016, *Décision portant convocation d'une audience publique aux fins de prise de décision relativement à la République sud-africaine en application de l'article 87-7 du Statut*, disponible sur www.icc-cpi.int.

³⁷⁶ Statut de Rome, *supra* note 7, article 87, § 7.

³⁷⁷ C.P.I., Chambre Préliminaire II, Affaire n° ICC-02/05-01/09, O. Al Bashir, 17 mars 2017, *Submission from the Government of the Republic of South Africa for*

réserve que peu de paragraphes à ces questions pourtant controversées, le Procureur incitait les juges à s'en tenir à leur jurisprudence de 2014.³⁷⁸ De son côté, le Secrétariat général des Nations Unies déclinait l'invitation de la Cour, ne souhaitant pas se prononcer.³⁷⁹ L'audience s'est tenue le 7 avril 2017 et les juges internationaux ont rendu leur décision le 6 juillet 2017.³⁸⁰

S'obstinant à nier l'immunité du Président soudanais et constatant par conséquent la non-coopération de l'Afrique du Sud qui souhaitait la respecter, la Cour revient sur ses motivations antérieures et tente plutôt une nouvelle justification de sa position. Ainsi, la juridiction pénale internationale rejette dans un premier temps les arguments qu'elle avait elle-même appuyés. Dans ses arrêts rendus à l'encontre du Tchad et du Malawi, la Cour avait prétendu, comme exposé précédemment, que le droit coutumier prévoyait une exception aux immunités des représentants de l'État lors d'une arrestation par les autorités nationales opérée sur demande de la Cour. Cet argument a été expressément écarté par les juges de La Haye sans aucune allusion à ces précédentes décisions.³⁸¹ Ils ont jugé qu'ils étaient « *unable to identify a rule in customary international law that would exclude immunity for Heads of State when their arrest is sought for international crimes by another State, even when the arrest is sought on behalf of an international court, specifically, this Court* ». ³⁸² Dans son arrêt portant sur la non-coopération de la République démocratique du Congo, la Cour avait,

the purposes of proceedings under Article 87(7) of the Rome Statute, disponible sur www.icc-cpi.int.

³⁷⁸ C.P.I., Chambre Préliminaire II, Affaire n° ICC-02/05-01/09, O. Al Bashir, 17 mars 2017, *Prosecution's Submissions in advance of the public hearing for the purposes of a determination under article 87(7) of the Statute with respect to the Republic of South Africa in the case of the Prosecutor v Omar Hasssan Ahmad Al Bashir*, disponible sur www.icc-cpi.int.

³⁷⁹ Lettre du Secrétaire général adjoint aux Affaires juridiques et conseiller légal des Nations Unies, Miguel de Serpa Soares, du 23 février 2017, soumis en conformité avec la décision de la Chambre préliminaire II n° ICC-02/05-01/09-274, disponible sur www.icc-cpi.int.

³⁸⁰ C.P.I., Chambre préliminaire II, Affaire n° ICC-02/05-01/09, O. Al Bashir, 6 juillet 2017, *Decision under article 87(7) of the Rome Statute on the non-compliance by South Africa with the request by the Court for the arrest and surrender of Omar Al-Bashir*, disponible sur https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2017_04402.PDF.

³⁸¹ Voy. en ce sens A. S. Galand, « Why the Security Council Should Not be Involved Regarding Al-Bashir's Immunity », 20 juillet 2017, disponible sur <http://opiniojuris.org> ; D. Jacobs, « The ICC and Immunities, Round 326: ICC finds that South Africa had an obligation to arrest Bashir but no referral to the UNSC », 6 juillet 2017, disponible sur <https://dovjacobs.com/>.

³⁸² C.P.I., O. Al Bashir (2017), *préc.*, § 68. Nous soulignons.

pour rappel, identifié dans la Résolution 1593 du Conseil de sécurité une levée implicite des immunités du représentant du Soudan. Elle affirme pourtant désormais qu'elle ne voit pas « *such 'waiver' in the Security Council resolution, and that, in any case, no such waiver – whether 'explicit' or 'implicit' – would be necessary* ». ³⁸³ Elle expose alors dans un second temps sa nouvelle théorie. Par l'effet de la résolution du Conseil de sécurité, le Soudan est en fait placé dans une situation analogue à celle d'un État Partie et est de ce fait tenu de respecter les droits et les obligations qui découlent du traité. En ce sens, l'article 27 § 2 du Statut s'impose à lui comme à tout État Partie et ses représentants ne jouiront d'aucune immunité contre les actes contraignants accomplis par les autorités nationales dans le cadre des poursuites devant la Cour. ³⁸⁴

S'il est vrai que le mot de la fin n'appartient « pas aux États Parties, pas au Conseil de sécurité, pas aux universitaires, mais bien à la Cour », ³⁸⁵ ce nouveau raisonnement ne parvient pas davantage que ses prédécesseurs à convaincre. Premièrement, une résolution du Conseil de sécurité qui défère la situation d'un État tiers à la Cour lui donne, certes, compétence pour connaître de cette situation qui dépasse le cas échéant les limites ordinaires de sa compétence mais ne transforme pas automatiquement de ce fait l'État tiers concerné en État Partie. Les dispositions du Statut de Rome ne prévoient qu'un mécanisme d'attribution de compétence à la Cour à l'initiative du Conseil de sécurité. Deuxièmement, pareille argumentation semble à nouveau contraire au principe de l'effet utile et réduit ainsi fortement l'intérêt de l'article 98 du Statut de Rome. Jusqu'à maintenant, les seules situations dans lesquelles la Cour a été ou est amenée à juger le représentant d'un État tiers sont celles précisément déferées à la juridiction internationale par le Conseil de sécurité. Or, selon la nouvelle interprétation de la Cour, l'article 98 du Statut ne s'appliquerait plus dans ces hypothèses dès lors que les immunités coutumières seraient levées par l'effet de l'article 27 dudit Statut. En d'autres termes, l'article 98 conserverait uniquement son utilité dans deux hypothèses : d'une part, l'hypothèse d'une saisine étatique ou *proprio mutu* par le Procureur menant à des poursuites contre le représentant d'un État tiers impliqué dans la perpétration d'un crime commis sur le territoire d'un État Partie, hypothèse à laquelle la Cour n'a jamais été confrontée en quinze ans de fonctionnement et, d'autre part, l'hypothèse résultant d'une déclaration d'un État non

³⁸³ *Ibid.*, § 96. Voy. aussi A. S. Galand, *supra* note 380.

³⁸⁴ C.P.I., O. Al Bashir (2017), *préc.*, § 107. Pour un autre commentaire, voy. également A. S. Galand, *supra* note 380.

³⁸⁵ Conseil de sécurité, 7710^e séance, *supra* note 371, pp. 20 et 21.

partie en application de l'article 12 § 3 du Statut de Rome et menant à des poursuites contre les représentants d'un autre État tiers, ce qui ne concerne pour l'instant que deux situations au stade de l'examen préliminaire qui ne donneront peut-être jamais lieu à une affaire contre les représentants d'un État tiers autre que celui ayant effectué la déclaration.³⁸⁶ Troisièmement, la Résolution 1593 du Conseil de sécurité ne contient aucune assimilation de ce genre.³⁸⁷ Tout au plus est-il possible de considérer que celle-ci contraint l'État soudanais au respect du régime de coopération du Statut de Rome. Cependant, il n'est même pas certain que le Soudan soit tenu de respecter ledit régime de traité car la Résolution 1593 ne comporte pas d'indication claire à cet égard. Cette dernière précise en effet simplement que le Soudan doit coopérer avec la juridiction « conformément à la [...] résolution » et ne mentionne pas le Statut sur ce point.³⁸⁸ La Cour pénale internationale avait toutefois déjà considéré dans des décisions des 9 mars et 26 juin 2015 relatives à la non-coopération du Soudan que « le Chapitre IX du Statut et les dispositions pertinentes du Règlement [de procédure et de preuve] qui régissent la coopération des États Parties deviennent applicables au Soudan ». ³⁸⁹ Enfin, même si la question ne se pose pas de façon déterminante en l'espèce à défaut de mention expresse dans la Résolution soutenant le raisonnement de la Cour, il paraît légitime de douter du pouvoir du Conseil de sécurité d'outrepasser la portée relative du traité et d'ainsi imposer *l'ensemble* des obligations découlant du Statut de Rome à un État qui *n'a pas* ratifié le traité et *n'a* ainsi jamais consenti à cet instrument.³⁹⁰

Conclusion

Après un bref exposé du régime des deux immunités de droit coutumier, cet article s'intéresse à l'influence des crimes internationaux sur celui-

³⁸⁶ Voy. *supra* Partie III, 3, A.

³⁸⁷ Voy. G. M. Lentner, « Why the ICC won't get it right – The Legal Nature of UN Security Council Referrals and Al-Bashir Immunities », 24 juillet 2017, disponible sur <https://www.ejiltalk.org/>.

³⁸⁸ Pour cette observation pertinente, voy. *Ibidem*.

³⁸⁹ C.P.I., Chambre Préliminaire II, Affaire n° ICC-02/05-01/12, A. Hussein, 26 juin 2015, *Décision relative à la requête du Procureur aux fins qu'il soit pris acte de la non-coopération de la République du Soudan*, disponible sur www.icc-cpi.int, § 13 ; C.P.I., Chambre Préliminaire II, Affaire n° ICC-02/05-01/09, O. Al Bashir, 9 mars 2015, *Décision relative à la requête du Procureur aux fins qu'il soit pris acte de la non-coopération de la République du Soudan*, disponible sur www.icc-cpi.int, § 15 ; D. Akande, *supra* note 284, pp. 309 et 310.

³⁹⁰ Voy. G. M. Lentner, *supra* note 386 ; D. Jacobs (2017), *supra* note 380 ; D. Jacobs (2015), *supra* note 254, p. 291.

ci, d'une part, dans le cadre de poursuites nationales et, d'autre part, dans le cadre de poursuites internationales devant la Cour pénale internationale. Dans le contexte de poursuites menées au niveau interne, il conclut que l'existence de suspicions quant à la commission d'un crime international n'affecte en rien l'opposabilité des immunités fonctionnelle et personnelle aux juridictions nationales étrangères. Les immunités coutumières n'admettent en effet aucune exception en présence d'un crime international. Malgré une pléthore d'arguments invoqués en ce sens, il n'existe pas encore d'exception à l'immunité *ratione materiae* lorsque son bénéficiaire est soupçonné d'avoir perpétré un crime international. Toutefois, une tendance à l'érosion de l'immunité fonctionnelle en présence de tels crimes s'installe progressivement dans le paysage coutumier et pourrait engendrer une véritable exception coutumière. Par contre, l'immunité *ratione personae* des hauts représentants ne faiblit pas. Elle est au contraire généralement réaffirmée par les tribunaux nationaux. La conclusion diffère dans le contexte de poursuites internationales menées par la Cour pénale internationale. Le Statut de Rome instituant la juridiction pénale internationale comprend deux articles traitant des immunités de droit coutumier. Tandis que l'article 27 instaure une dérogation conventionnelle aux immunités coutumières des représentants d'États Parties au traité, l'article 98 garantit la protection immunitaire des représentants d'États tiers. Par conséquent, contrairement à ce qui prévaut lorsqu'il mène lui-même les poursuites, un État Partie au Statut de Rome n'assume pas d'obligation immunitaire vis-à-vis du représentant d'un autre État Partie quand il pose des actes contraignants dans le cadre de poursuites devant la Cour pénale internationale. Par contre, en vertu de l'article 98, il reste tenu de respecter les immunités des représentants d'États qui n'ont pas ratifié le Statut, même s'il agit sur demande de la juridiction internationale.

En définitive, nous ne pouvons pas et nous ne pourrions pas – et la Cour pénale internationale devrait elle-même l'admettre – empêcher un représentant d'un État non partie au Statut de Rome de voyager d'un État Partie à un autre si ces États souhaitent honorer leurs obligations immunitaires plutôt que leurs obligations de coopération. Tant que l'État non partie n'aura pas renoncé à l'immunité de son représentant, l'article 98 du Statut interdit à la Cour pénale internationale d'exiger des États Parties l'exécution de sa demande d'arrestation, de remise ou d'assistance. L'existence d'une résolution du Conseil de sécurité déférant la situation au Darfour, fait capital aux yeux des juges de La Haye, ne modifie pourtant en rien ces observations. L'État Partie requis par la Cour d'exécuter la demande d'arrestation et de remise du

Président O. Al Bashir peut légitimement invoquer l'article 98 du Statut. À l'instar de tous les autres États Parties pourtant déclarés coupables de non-coopération, l'Afrique du Sud était en droit de refuser d'exécuter la demande des juges internationaux d'arrêter et de leur livrer le Président soudanais. La Cour pénale internationale ne peut contraindre les États Parties à préférer la lutte contre l'impunité des représentants d'États tiers au respect de leurs obligations immunitaires. Dès lors, bien que la Cour persiste dans l'écartement de l'immunité du Président soudanais et même si la Procureure de la Cour affirmait déjà en 2015 que « la détermination de [son] bureau à apporter une justice indépendante et impartiale au peuple soudanais reste inébranlable », ³⁹¹ O. Al Bashir devrait théoriquement encore avoir quelques beaux jours devant lui. Il reste à voir si les États investiront encore du temps, de l'énergie et des moyens à défendre le système coutumier des immunités contre les assauts répétés d'une Cour qui a choisi de faire cavalier seul, n'ayant pas cette fois renvoyé la question de la non-coopération sud-africaine au Conseil de sécurité ou à l'Assemblée des États Parties. Il est vrai que l'organe onusien s'est montré jusqu'alors peu réactif aux appels à l'aide de la juridiction internationale. De même, il est vrai que les initiatives sud-africaines d'inscrire la problématique à l'ordre du jour de l'Assemblée des États Parties n'ont pas rencontré un franc succès. Si la question de l'application et de la mise en œuvre de l'article 98 figurait bien en tant que tel à l'ordre du jour de la quatorzième session, ³⁹² il ressort des documents officiels de la session qu'est simplement prévue une possibilité de renvoi de la thématique au Bureau de l'Assemblée pour l'examiner ultérieurement. ³⁹³ Quant à la quinzième session, la question n'apparaît plus textuellement à l'ordre du jour ³⁹⁴ et la

³⁹¹ Conseil de sécurité, 7478^e séance, *supra* note 370, p. 3 (Madame Bensouda, Procureure de la C.P.I.).

³⁹² Assemblée des États Parties, Liste de questions supplémentaires dont l'inscription à l'ordre du jour de la quatorzième session de l'Assemblée est réclamée, 27 octobre 2015, Document ICC-ASP/14/35, disponible sur https://asp.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/ASP14/ICC-ASP-14-35-FRA.pdf, point a et annexe I ; Assemblée des États Parties au Statut de Rome de la Cour pénale internationale, 14^e session, 18 au 26 novembre 2015, La Haye, Documents officiels, Vol. I, Document n° ICC-ASP/14/20, disponible sur https://asp.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/ASP14/OR/ICC-ASP-14-20-OR-vol-I-FRA.pdf, p. 6, § 10, point 17.

³⁹³ Assemblée des États Parties au Statut de Rome de la Cour pénale internationale, 14^e session, *supra* note 391, p. 13, § 59.

³⁹⁴ Assemblée des États Parties au Statut de Rome de la Cour pénale internationale, 15^e session, 16 au 14 novembre 2016, La Haye, Documents officiels, Vol. I, Document n° ICC-ASP/15/20, disponible sur https://asp.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/ASP15/ICC-ASP-15-20-vol-I-FRA.pdf, p. 6, § 13 et p. 66, § 18.

proposition de l’Afrique du Sud de créer un groupe de travail à ce sujet est restée lettre morte à défaut de consensus.³⁹⁵ Bien que ces événements n’incitent probablement pas la juridiction internationale à continuer à référer le problème de non-coopération au Conseil ou à l’Assemblée, l’isolement dans lequel s’est enfermée la Cour n’est sans doute pas l’option la plus stratégique pour une institution qui ne peut survivre en autarcie sans le soutien étatique.³⁹⁶ Il est à attendre que tous les États ne plieront pas sous la volonté d’une juridiction entêtée à la jurisprudence instable peu persuasive mais que certains, fatigués d’essayer de se faire entendre, cesseront définitivement d’écouter.

³⁹⁵ Assemblée des États Parties au Statut de Rome de la Cour pénale internationale, 15^e session, *supra* note 391, p. 66, § 20.

³⁹⁶ Pour un autre commentaire opposé à la décision de la Cour, voy. D. Jacobs (2017), *supra* note 380.

Résumé - Les immunités des représentants de l'État face aux crimes internationaux

Les immunités de juridiction pénale des représentants de l'État apparaissent difficilement acceptables pour les victimes de crimes internationaux. Elles sont pourtant indispensables au maintien des relations pacifiques entre États souverains. Dotées d'un champ d'application personnel, matériel et temporel distinct (Partie I), les immunités *ratione personae* et *ratione materiae* profitent aux agents étatiques poursuivis par des juridictions étrangères et ce même s'ils sont soupçonnés d'avoir perpétré un ou plusieurs crimes internationaux. À l'instar de l'immunité *ratione personae*, l'immunité *ratione materiae* ne disparaît donc pas (encore) en présence d'un crime international malgré les nombreux arguments en ce sens (Partie II). Bien que n'étant pas opposable en tant que tel à la Cour pénale internationale, le droit coutumier des immunités conserve néanmoins toute sa pertinence dans le cadre du régime de coopération instauré par le Statut de Rome. Si l'article 27 du Statut constitue une renonciation *in abstracto* des États Parties aux immunités de leurs représentants, l'article 98 du Statut préserve pour sa part les immunités des représentants d'États non parties contre les actions contraignantes des États Parties agissant sur demande de la Cour. Contrairement à ce qu'avance obstinément la juridiction pénale internationale dans une jurisprudence au raisonnement instable, la Résolution 1593 du Conseil de sécurité lui déférant la situation du Darfour ne prive pas le Président soudanais O. Al Bashir de ses immunités *ratione materiae* et *personae* protégées par l'article 98 (Partie III).

Abstract – Immunity of State representatives for international crimes

Victims of international crimes often do not understand why foreign State officials enjoy immunities from criminal jurisdiction. Although these immunities may appear unfair to victims, they are necessary to protect peaceful relationships amongst sovereign States. Immunity *ratione personae* and immunity *ratione materiae* have a different personal, material and temporal scope of application (Part I). Nevertheless, they both protect State representatives when these representatives are tried by foreign national jurisdictions for alleged international crimes. Despite numerous arguments favouring an exception to immunity *ratione materiae*, State officials still benefit from it in case they commit an international crime (Part II). As an international jurisdiction, the

International Criminal Court can try any State official without any immunity impediment. Yet, customary immunities remain relevant to the cooperation regime of the Rome Statute. Even though State Parties waive their representatives' immunities through article 27 of the Statute, article 98 of the Statute provides that customary immunities do protect third State's officials against any coercive act conducted by State Parties' authorities on behalf of the International Criminal Court. Therefore, the Court's unstable reasoning leading to the firm conclusion that Security Council Resolution 1593 deprives President O. Al Bashir of his immunities should be dismissed (Part III).

Samenvatting – De immuniteit van Staatsvertegenwoordigers voor internationale misdaden

De strafrechtelijke immuniteit van vertegenwoordigers van de Staat kan moeilijk worden aanvaard door de slachtoffers van internationale misdaden. Zij is nochtans noodzakelijk voor het handhaven van vredevolle betrekkingen tussen soevereine Staten. Met afzonderlijke toepassingsgebieden *ratione personae*, *ratione materiae* en *ratione temporae* (Deel I) genieten staatsvertegenwoordigers die door buitenlandse rechtbanken worden vervolgd van immuniteit, en dit zelfs indien zij ervan worden verdacht een of meer internationaalrechtelijke misdaden te hebben gepleegd. Net als de immuniteit *ratione personae*, wordt de immuniteit *ratione materiae* (nog) niet opgeheven voor een internationale misdaad, niettegenstaande de vele argumenten voor het tegendeel (Deel II). De gewoonterechtelijke immuniteiten zijn weliswaar niet als zodanig tegenstelbaar aan het Internationaal Strafhof, maar ze blijven niettemin gelden in het kader van de samenwerkingsregeling die door het Statuut van Rome werd voorzien. In artikel 27 van het Statuut zien de Lidstaten weliswaar *in abstracto* af van de immuniteit van hun vertegenwoordigers, maar artikel 98 van het Statuut behoudt dan weer de immuniteit voor de vertegenwoordigers van niet-lidstaten tegen dwanghandelingen vanwege lidstaten die optreden op vraag van het Hof. In tegenstelling tot wat het Internationale Strafhof steevast voorhoudt in een onstandvastige rechtspraak, tast Resolutie 1593 van de Veiligheidsraad inzake de situatie in Darfoer de immuniteit *ratione materiae* en *personae* – die door artikel 98 wordt beschermd – van de Soedanese president O. Al Bashir niet aan (Deel III).

Resumen – Inmunidad de los representantes de Estado por crímenes internacionales.

Las víctimas de crímenes internacionales suelen no entender la razón por la cual los representantes de Estado procedentes del extranjero gozan de inmunidad jurisdiccional. Aunque este tipo de inmunidades puedan parecer injustas a las víctimas, sin embargo son necesarias para preservar las relaciones pacíficas entre Estados soberanos. Tanto la inmunidad *ratione personae* como la inmunidad *ratione materiae* tienen un ámbito de aplicación personal, material y temporal distinto (Parte I). No obstante, ambas protegen a los representantes estatales cuando estos son juzgados por las jurisdicciones nacionales por posibles crímenes internacionales. A pesar de los numerosos argumentos utilizados para formular excepciones a la inmunidad material, estos representantes suelen beneficiarse de la misma en el caso de llegar a cometer un crimen internacional (Parte II). Por su carácter de jurisdicción internacional, el Tribunal Penal Internacional puede juzgar a cualquier representante estatal sin impedimentos derivados de la inmunidad. Sin embargo, las inmunidades de carácter consuetudinario no pierden su vigencia desde la perspectiva del régimen de cooperación del Estatuto de Roma. Si el artículo 27 del Estatuto permite una renuncia en abstracto de los Estados Parte al régimen de inmunidades de sus representantes, el artículo 98 del Estatuto no excluye sin embargo la posible inmunidad basada en el Derecho consuetudinario a la que pudieran acogerse representantes de aquellos Estados que no son parte del tratado frente a las acciones planteadas por aquellos ante el Tribunal. Por este motivo, el argumento un tanto dudoso esgrimido por el Tribunal en el sentido que la Resolución 1593 del Consejo de Seguridad priva, en efecto, al Presidente de Sudán O. Al Bashir de las inmunidades *ratione materiae* y *personae* protegidas por el artículo 98 no parece resultar del todo razonable (Parte III).

Riassunto – Le immunità dei rappresentanti statali di fronte ai crimini internazionali

Le immunità dalla giurisdizione penale dei rappresentanti degli Stati appaiono difficilmente accettabili per le vittime di crimini internazionali. Tuttavia, tali immunità sono indispensabili per il mantenimento delle relazioni pacifiche tra gli Stati sovrani. Dotate di un ambito di applicazione personale, materiale e temporale distinto (Parte I), le immunità *ratione personae* e *ratione materiae* proteggono gli agenti statali dall'essere perseguiti davanti ai tribunali stranieri nel caso

siano sospettati di aver commesso uno o più crimini internazionali. Al pari dell'immunità *ratione personae*, l'immunità *ratione materiae* non scompare dunque (perlomeno non ancora) in presenza di un crimine internazionale, nonostante le numerose argomentazioni in tal senso (Parte II). Sebbene il diritto consuetudinario relativo alle immunità non sia sollevabile in quanto tale davanti alla Corte Penale Internazionale, tuttavia esso mantiene la sua pertinenza all'interno del regime di cooperazione stabilito dallo Statuto di Roma. Se l'articolo 27 dello Statuto costituisce *in abstracto* una rinuncia degli Stati Parte alle immunità dei loro rappresentanti, l'articolo 98 dello Statuto mantiene intatte le immunità dei rappresentanti degli Stati terzi contro qualsiasi azione coercitiva condotta dagli Stati Parte su richiesta della Corte. Contrariamente a quanto la Corte Penale Internazionale afferma fermamente in una giurisprudenza dal ragionamento instabile, la risoluzione 1593 del Consiglio di Sicurezza che deferisce alla Corte la situazione nel Darfur non priva il presidente sudanese O. Al Bashir delle sue immunità *ratione materiae* e *personae* protette dall'articolo 98 (Parte III).

Zusammenfassung – Die Immunität der Vertreter des Staates für internationale Verbrechen

Die strafrechtliche Immunität der Vertreter des Staates ist für die Opfer internationaler Verbrechen nur schwer hinnehmbar, ist dennoch erforderlich für die Aufrechterhaltung friedlicher Beziehungen zwischen souveränen Staaten. Die Immunitäten *ratione personae* und *ratione materiae* haben zwar einen verschiedenen personellen, materiellen und zeitlichen Anwendungsbereich (Teil I), aber die Vertreter des Staates, die von Auslandsgerichten verfolgt werden, genießen diese Immunitäten, und dies sogar wenn sie unter dem Verdacht stehen, ein oder mehrere internationale Verbrechen verübt zu haben. Ebenso wie die Immunität *ratione personae*, wird die Immunität *ratione materiae* bei einem internationalen Verbrechen, trotz der zahlreichen Argumente für das Gegenteil, (noch) nicht aufgehoben (Teil II). Obwohl die gewohnheitsrechtlichen Immunitäten als solche dem Internationalen Strafgerichtshof gegenüber nicht wirksam sind, bleiben sie dennoch weiterhin gültig im Rahmen der vom Römischen Statut eingeführten Kooperationsregelung. Zwar verzichten die Mitgliedstaaten im Artikel 27 des Statuts *in abstracto* auf die Immunität ihrer Vertreter, aber Artikel 98 des Statuts bestimmt, dass gewohnheitsrechtliche Immunitäten die Vertreter der Nichtmitgliedstaaten vor Zwangshandlungen der auf Ersuchen des Gerichtshofs auftretenden Mitgliedstaaten schützen. Im

Gegensatz zu dem, was der Internationale Strafgerichtshof in einer unbeständigen Rechtsprechung vorbringt, entzieht Resolution 1593 des Sicherheitsrats bezüglich der Situation in Darfur dem sudanesischen Präsidenten O. Al Bashir nicht die durch Artikel 98 geschützten Immunitäten *ratione materiae* und *personae* (Teil III).