

Marc Henzelin, Genève*

L'immunité pénale des ministres selon la Cour internationale de justice

Table des matières

- I. Introduction
- II. L'immunité des ministres des affaires étrangères pour les actes d'Etat assumés par l'Etat
 - 1. *La solution péremptoire*
 - 2. *L'impunité (un peu) tempérée*
- III. Les «actes d'Etat» susceptibles de faire obstacle à l'exercice de fonctions ministérielles étrangères
 - 1. *Les mandats d'arrêt «internationaux»*
 - 2. *Les autres actes susceptibles d'avoir des «effets»*
- IV. Conclusion

I. Introduction

Le 14 février 2002, la Cour internationale de justice (ci-après la CIJ, ou la Cour) rendait un arrêt important dans une affaire opposant la Belgique et la République Démocratique du Congo (ci-après RDC). Cet affaire est généralement citée comme l'affaire du *mandat d'arrêt du 11 avril 2000* ou affaire *Yerodia*, du nom du ministre congolais concerné¹. Nous nous penchons ici sur l'aspect de ce dossier qui est le plus susceptible d'intéresser les pénalistes, à savoir la portée et les limites des immunités, qui empêchent des auteurs supposés de crimes d'être poursuivis et traduits devant les tribunaux, en l'espèce un tribunal national.

Les faits de l'affaire *Yerodia* ont l'avantage d'être relativement simples: le 11 avril 2000, la Belgique a émis et diffusé auprès de tous les Etats un mandat d'arrêt international contre M. Abdulaye Yerodia Ndombasi, Ministre des affaires étrangères de la République Démocratique du Congo, en vue de son arrestation provisoire préalable à une demande d'extradition vers la Belgique, pour des crimes constituant

* Docteur en droit, LL.M, chargé de cours à l'Université de Genève, avocat au barreau de Genève, Lalive & Partners. L'auteur remercie Robert Kolb et Patrick Dumberry pour leurs commentaires critiques, ainsi que Jeanne Dürlemann pour sa relecture.

1 C.I.J., affaire du *mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, 14 février 2002/04; <http://www.icj-cij.org/cijwww/cdocket/cCOBE/cCOBEframe.htm>.

des violations graves au droit international humanitaire. Il était en effet reproché à M. Yerodia de s'être exprimé à la Radio, à l'époque où il était chef de cabinet du Président Kabila, pour exhorter les Congolais à «débroussailler», «désinfecter» le pays, termes utilisés et compris par la population comme signifiant qu'elle devait se débarrasser par tous les moyens des Rwandais qui se trouvaient sur le territoire de la République. Suite aux déclarations dans les médias de certains membres du gouvernement de la RDC, y compris celles de M. Yerodia faites les 4 et 27 août 1998, une chasse à l'homme fut engagée à Kinshasa pour tuer, massacrer les Rwandais, et certains observateurs estiment que plusieurs centaines de personnes d'origine tutsie furent tuées lors des événements².

L'arrêt relatif au *mandat d'arrêt du 11 avril 2000* était attendu avec impatience par les spécialistes du droit international, du droit pénal, du droit pénal international, du droit humanitaire et du droit international des droits de l'homme. Et pour cause, puisque la compétence universelle belge, très médiatisée, était au centre de la controverse³ et que la Cour internationale de Justice et la Cour permanente de Justice internationale (ci-après CPJI) n'avaient pas rendu d'arrêt relatif à la compétence pénale extraterritoriale depuis l'affaire *Lotus*⁴, datant de 1927. Sans compter que l'immunité pénale d'un ministre des affaires étrangères était le deuxième point litigieux et que la question des immunités refaisait grand bruit depuis quelques années, avec notamment les affaires *Pinochet*, *Kadhafi* et *Sharon* en point de mire.

La Cour ne s'est finalement pas prononcée sur la question de la compétence universelle pour ne traiter que de la question de l'immunité, du fait que les Parties ont renoncé, dans leurs plaidoiries, à invoquer le moyen tiré de l'absence de compétence de la Belgique. Pourtant, sur les deux questions – compétence extraterritoriale et immunité pénale –, la Cour, pour ce qui est de l'immunité, et les juges dans leurs opinions individuelles ou dissidentes, pour ce qui est de la compétence universelle, ont montré une tendance à *réactualiser une approche positive* du droit international. Comme si la construction de la Cour pénale internationale, en ouvrant des fenêtres sur la répression des auteurs de crimes les plus graves aux droits de l'homme, permettait aux Etats et à leurs institutions traditionnelles, dont la Cour internationale de Justice, de revenir au mandat premier du droit international, qui est d'assurer la sécurité des relations internationales.

2 C. Braeckman, *L'enjeu congolais. L'Afrique centrale après Mobutu*, Paris, Fayard, 1999, 356–385.

3 Pour une analyse récente de la législation belge, voir D. Vandermeersch, *Compétence universelle et immunités en droit international humanitaire – la situation belge*, in: *Le droit pénal à l'épreuve de l'internationalisation*; éd. par M. Henzelin/R. Roth, Paris, Bruxelles, Genève; L.G.D.J., Bruylant, Georg, 2002, 277–301.

4 C.P.J.I., affaire *Lotus*, 7 septembre 1927, série A, N° 10.

II. L'immunité des ministres des affaires étrangères

1. *La solution péremptoire: le principe de l'immunité*

La RDC plaidait pour une application *fonctionnelle* de l'immunité. Selon ses conclusions, l'immunité devait être accordée par le droit international coutumier pour permettre au représentant de l'Etat étranger qui en bénéficie de remplir librement et sans entrave les fonctions dont il a la charge. Selon la RDC, l'immunité devait être accordée aux ministres des affaires étrangères en exercice pour tous leurs actes, y compris les actes qui auraient été commis avant leur entrée en fonction, que ces actes puissent ou non être qualifiés d'«actes de fonction».

La Belgique estimait pour sa part que les actes reprochés à M. Yerodia (crimes de guerre, crimes contre l'humanité) n'étaient pas couverts par l'immunité, car M. Yerodia n'était plus ministre des affaires étrangères au moment des plaidoiries devant la Cour. De plus, le mandat d'arrêt émis par le Juge d'instruction indiquait à ses destinataires que la Belgique elle-même refuserait d'y donner suite au cas où le ministre Yerodia venait sur le territoire belge pour une mission officielle.

Par une décision sans ambiguïté, la Cour affirma péremptoirement, dans le style très prétorien de la Cour de cassation française:

«Il est clairement établi en droit international que, de même que les agents diplomatiques et consulaires, certaines personnes occupant un rang élevé dans l'Etat, telles que le chef de l'Etat, le chef du gouvernement ou le ministre des affaires étrangères, jouissent dans les autres Etats d'immunités de juridiction, tant civiles que pénales» (§ 51).

«En droit international coutumier, les immunités reconnues au ministre des affaires étrangères ne lui sont pas accordées pour son avantage personnel, mais pour lui permettre de s'acquitter librement de ses fonctions pour le compte de l'Etat qu'il représente. (§ 52) (...) Les fonctions d'un ministre des affaires étrangères sont telles que, pour toute la durée de sa charge, il bénéficie d'une immunité de juridiction pénale et d'une inviolabilité totale à l'étranger. Cette immunité et cette inviolabilité protègent l'intéressé contre tout acte d'autorité de la part d'un autre Etat qui ferait obstacle à l'exercice de ses fonctions (§ 54)».

En fait, la Cour ne démontra pas vraiment la pratique des Etats pour asseoir son raisonnement. Elle développa au contraire une «vision» fort pragmatique pour expliquer au lecteur quelles sont les fonctions d'un ministre des affaires étrangères et en quoi l'émission d'un mandat d'arrêt ferait obstacle à ces fonctions (§§ 53 et 54). On peut certes être surpris par la méthode: la Cour «conclut» à l'immunité, pour reprendre sa propre expression (§ 62), sans pour autant avoir soumis au lecteur d'éléments à l'appui de son affirmation⁵. La démonstration de la Cour en matière de

5 En fait, la Cour semble surtout avoir suivi intégralement la position de Watts, exprimée dans son cours à l'Académie de droit international de La Haye, A. Watts, *The Legal Position in Interna-*

pratique des Etats est même si pauvre que l'on pourrait croire à de simples «*obiter dicta*», si les conclusions de la Cour ne portaient pas précisément sur les arguments des parties. Cette faiblesse de l'arrêt a, à juste titre, été dénoncée par la Juge van den Wyngaert (§ 11).

Si la Cour n'a pas fait bénéficier le lecteur du fruit de ses recherches et de ses réflexions, c'est à vrai dire probablement parce qu'elle se trouvait face à un *défaut de pratique* établie des Etats en matière de reconnaissance ou de refus d'immunité pénale pour des ministres des affaires étrangères, en exercice ou à la retraite. Elle ne pouvait en effet que constater que peu de ministres étaient ou avaient été *de facto* poursuivis et jugés de par le monde, alors même que nombre d'entre eux ont probablement commis des actes pénalement répréhensibles. Et elle pouvait encore moins s'appuyer sur des cas de poursuite et de jugement de ministres des affaires étrangères en exercice pour des crimes de guerre et/ou des crimes contre l'humanité. La Juge van den Wyngaert refusa d'ailleurs d'admettre qu'il existât une coutume internationale en la matière, pour n'y voir éventuellement qu'une règle de courtoisie internationale (§§ 1, 10 ss, 17).

La Cour affirma également avoir étudié attentivement la pratique et la législation des Etats, pour rejeter la proposition de la Belgique selon laquelle il existerait des exceptions à la règle de l'immunité coutumière tirées du type de certaines infractions, de rang international (crimes de guerre, contre l'humanité) (§ 58 para. 1). En fait, et à nouveau, la Cour, contredite en cela par les Juges Al-Khasawneh (§ 5) et van den Wyngaert (§§ 25 ss.), conclut simplement dans ce sens, contre certains Lords (qui se sont exprimés par rapport aux *anciens* chefs d'Etat) dans l'affaire *Pinochet*⁶ et contre une partie importante de la doctrine contemporaine en droit international⁷.

A défaut d'être très argumenté, l'arrêt de la Cour met fin à une controverse qui a beaucoup agité la doctrine ces dernières années. Les conclusions de la Cour ont également l'avantage de la clarté et d'avoir été approuvées par une forte majorité

tional Law of Heads of States, Heads of Governments and Foreign Ministers, Recueil des Cours de l'Académie de La Haye (RCADI), 1994, T. 247, vol. III, 9-130, en particulier, 97 ss.

6 *R. v. Bartle, ex parte Pinochet*, House of Lords, 25 novembre 1998, International Legal Materials (ILM), 37 (1998), 1302; *ibid.*, 24 mars 1999, ILM, 38 (1999), 581.

7 Voir notamment la position de la Commission du droit international, exprimée à l'article 7 du Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité de 1996, ainsi que celle de l'Institut de droit international, émise lors de sa session de Vancouver en août 2001, selon laquelle les anciens chefs d'Etat et les anciens chefs de gouvernement peuvent être poursuivis et jugés «lorsque les actes qui lui sont personnellement reprochés sont constitutifs d'un crime de droit international». L'Institut de droit international réaffirme cependant l'immunité absolue pour les chefs d'Etat et les chefs de gouvernement en exercice, quelle que soit l'infraction qui leur est reprochée (article 2 de la Résolution, adoptée lors de la Session de Vancouver, Les immunités de juridiction et d'exécution du chef d'Etat et de gouvernement en droit international, août 2001).

(treize voix contre trois)⁸. Comme le dit le Juge Bula Bula, «l'arrêt de principe du 14 février 2002 dit le droit et tranche le différend qui opposait la RDC au Royaume de Belgique» (§ 1).

2. *L'impunité (un peu) tempérée*

2.1 *Les cas de levée de l'immunité*

Probablement préoccupée par l'idée que des ministres ou anciens ministres des affaires étrangères puissent échapper à toute poursuite pénale, la Cour s'est employée à décrire pédagogiquement dans un *obiter dictum* (§ 61), les cas dans lesquels l'immunité n'intervient pas, à savoir:

1. *lorsque les infractions sont poursuivies dans leur propre pays;*
2. *lorsque l'Etat qu'ils représentent ou ont représenté décide de lever cette immunité;*
3. *lorsqu'un ancien ministre est poursuivi pour des actes commis à titre privé lorsqu'il occupait ses fonctions ou*
4. *lorsqu'un ministre en exercice ou ancien ministre fait l'objet de poursuites pénales devant certaines juridictions pénales internationales⁹.*

Encore une fois, il faut souligner que la Cour n'inscrit pas dans les exceptions à l'immunité le fait que des crimes puissent être qualifiés de «crimes internationaux» ou de crimes de «jus cogens».

Le troisième cas laisse supposer *a contrario* qu'un ancien ministre des affaires étrangères qui a agi dans le cadre de ses fonctions ne peut pas être jugé pour ses actes de fonction. Cette conclusion ne ressort cependant pas clairement du raisonnement de la Cour exprimé aux paragraphes 52 à 54 de l'arrêt.

Qui plus est, une telle conclusion semble en contradiction avec le raisonnement de la Cour selon lequel l'immunité d'un ministre des affaires étrangères doit être admise «pour lui permettre de s'acquitter librement de ses fonctions pour le compte de l'Etat qu'il représente»: on voit en effet mal en quoi la poursuite pénale

8 A vrai dire, le Juge Oda ne s'est pas tellement opposé au raisonnement de la Cour relatif à l'immunité du ministre des affaires étrangères lors de l'émission du mandat d'arrêt, mais a surtout soulevé des arguments procéduraux. Cependant, le Juge Oda a également fait valoir que la Cour n'aurait probablement pas dû conclure de manière aussi absolue sur la question de l'immunité d'un ministre des affaires étrangères.

9 On relèvera encore une quatrième possibilité, à savoir lorsque la levée de l'immunité est prévue conventionnellement, comme cela pourrait être le cas dans le cadre de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (voir l'article IV de la Convention). L'analyse de cette hypothèse dépasse cependant le cadre de cet article.

d'un ancien ministre empêcherait celui-ci d'exercer sa charge puisque, par définition, il ne l'exerce plus.

Deux arguments, l'un très pratique, l'autre d'ordre dogmatique, pourraient éventuellement faire admettre l'immunité des anciens ministres pour leurs actes de fonction. Le premier est que la perspective pour un ministre d'être poursuivi après avoir terminé sa charge l'inhibe et l'empêche de décider en toute conscience et indépendance des actes utiles pour le bien de son pays. Le second correspondrait à un retour à la théorie dépassée de l'agissement des organes de l'Etat «au nom et pour le compte de l'Etat»: tout acte commis par un organe de l'Etat ne pourrait pas être imputé à son organe mais à l'Etat lui-même, ce qui entraînerait une impossibilité de juger l'auteur de l'acte, sauf à vouloir violer le principe de l'égalité souveraine des Etats.

Certains passages de l'arrêt laissent supposer que la Cour soit revenue à cette ancienne théorie. Ainsi, la Cour soulève l'argument selon lequel le ministre des affaires étrangères «représente généralement (son gouvernement) dans les négociations internationales et les réunions intergouvernementales», et que «ses actes sont susceptibles de lier l'Etat qu'il représente, du fait qu'il est considéré, au titre des fonctions qui sont les siennes, comme doté des pleins pouvoirs pour agir au nom de l'Etat» (§ 53). De même, le Juge Koroma considère que «the paramount legal justification (...) is that immunity of the Foreign Minister is not only of functional necessity but increasingly these days the Foreign Minister represents the State, even though his or her position is not assimilable to that of Head of State» (§ 6).

Reste que ce second raisonnement était d'ordinaire réservé aux acteurs les plus élevés des Etats, tels que les chefs d'Etat et/ou les chefs de gouvernement, qu'ils soient en exercice ou à la retraite. En effet, traditionnellement, l'Etat est identifié par le chef d'Etat ou le chef de gouvernement, que ce soit sur des fondements religieux, mythiques ou démocratiques, voire sur la base d'une simple situation de force¹⁰. Il est en revanche plus difficilement soutenable, comme le relevèrent fort justement les Juges Al-Khasawneh (§ 2) et van den Wyngaert (§§ 16, 20) dans leurs opinions dissidentes, que cette théorie puisse s'appliquer à de simples ministres, qui n'existent le plus souvent que par et pour la volonté de leurs chefs d'Etat et/ou de gouvernement, y compris les ministres des affaires étrangères¹¹.

10 J.-P. Pancraccio, L'évolution historique du statut international du chef d'Etat, in: Société Française de Droit International (SFDI), Le chef d'Etat et le droit international, Paris, Colloque de Clermont-Ferrand, Pedone, 2002, 9-115.

11 Voir cependant l'arrêt «Marcos» rendu par le Tribunal fédéral suisse, qui accorde l'immunité pénale «*ratione personae*» aux anciens chefs d'Etat pour les actes commis dans l'exercice de fonctions officielles non seulement «pour tenir compte de leur fonction et du symbole de souveraineté qu'ils portent» «qu'en raison de leur caractère représentatif dans les relations internationales» (ATF 115 Ib 496, consid. 5 b). Le deuxième argument tendrait ainsi à faire admettre l'immunité «représentative» du ministre des affaires étrangères.

Mais dans les deux cas – liberté d'agir sans crainte de poursuites ultérieures, identification de l'Etat avec certains hauts magistrats – la question du cercle de ces magistrats qui pourraient bénéficier d'une telle immunité est posée¹². Faut-il étendre l'immunité à tous les ministres ou anciens ministres d'un gouvernement, à des secrétaires d'Etat ou des hauts fonctionnaires, voire à tous les agents officiels d'un Etat? La Cour n'avait pas à se pencher sur cette question, qui demeure ouverte.

En tous les cas, avec l'immunité absolue reconnue aux ministres des affaires étrangères en exercice et avec l'immunité relative dont les anciens ministres des affaires étrangères bénéficient pour leurs *actes de fonction*, il ne reste plus que trois possibilités théoriques pour les poursuivre et les juger *pour leurs actes de fonction si leur Etat d'origine refuse de lever leur immunité*:

1. En cas de guerre entre plusieurs Etats, l'Etat vainqueur peut obliger l'Etat vaincu à signer un traité de paix qui incorpore une disposition autorisant la poursuite et le jugement de son ou de ses ministre(s)... ou lui faire accepter une reddition en bonne et due forme. La première solution était celle prévue par le Traité de Versailles pour permettre aux Alliés de juger Guillaume II, ex-Empereur d'Allemagne¹³. La seconde a été imposée aux Allemands au lendemain de la Seconde Guerre mondiale¹⁴. Dans les deux cas, l'Etat vaincu lève l'immunité de ses anciens ministres et l'Etat vainqueur ne se prive pas d'apparaître comme supérieur à l'Etat défait, en contradiction avec le principe «*par in parem non habet imperium*».
2. Un ministre peut être jugé par un Tribunal pénal international compétent. Cette hypothèse, très peu probable il y a encore quelques années, devient de plus en plus concrète avec les Tribunaux pénaux internationaux *ad hoc*, y compris ceux pour l'ex-Yougoslavie (TPIY) et pour le Rwanda

12 Selon la Cour, «il est clairement établi en droit international que (...) certaines personnes occupant un rang élevé dans l'Etat, *telles que* le chef de l'Etat, le chef du gouvernement ou le ministre des affaires étrangères jouissent dans les autres Etats d'immunités de juridiction, tant civiles que pénales» (souligné par nous). Telle est notamment la position de *L. Henkin/R. Crawford/O. Schachter/H. Smit*, *International Law*, St Paul Minn., West publishing Co, 1990, 1191 (cités par le Juge Bula Bula, § 44) ainsi que de *J. Verhoeven*, Mandat d'arrêt international et statut de ministre, *Actualité du Droit International (ADI)*, mai 2002, «<http://www.ridi.org/adi>», p. 2.

13 Art. 227 Traité de Versailles: «Les Puissances alliées et associées mettent en accusation publique Guillaume II de Hohenzollern, ex-Empereur d'Allemagne, pour offense suprême contre la morale internationale et l'autorité sacrée des traités. (...) Le tribunal jugera sur motifs inspirés des principes les plus élevés de la politique entre les nations, avec le souci d'assurer le respect des obligations solennelles et des engagements internationaux ainsi que de la morale internationale. Il lui appartiendra de déterminer la peine qu'il estimera devoir être appliquée.»

14 Sur les conséquences de la reddition allemande en matière de juridiction alliée sur les criminels de guerre et contre l'humanité allemands, voir *H. Kelsen*, *The Legal Status of Germany According to the Declaration of Berlin*, *American Journal of International Law (AJIL)*, 39 (1945), 518–526; *Q. Wright*, *The Law of the Nuremberg Trial*, *AJIL*, 41 (1947), 50–53.

(TPIR)¹⁵, établis par le Conseil de sécurité, et surtout avec la Cour pénale internationale (CPI)¹⁶, établie par le Statut de Rome. Gageons d'ailleurs que la Cour internationale de Justice avait surtout en vue cette dernière possibilité lorsqu'elle a adopté sa position assez restrictive en matière d'immunités.

3. Le Conseil de sécurité, agissant dans le cadre du Chapitre VII de la Charte, peut enfin autoriser un Etat à poursuivre et juger un ministre étranger, qu'il soit d'ailleurs encore en exercice ou plus en exercice, et lever pour ce faire son immunité. Cette hypothèse est cependant peu réaliste car l'Etat de poursuite et de jugement voudra probablement, pour ne pas apparaître comme instrumentalisant le droit international à son profit, faire juger le ministre en question par un Tribunal international.

Enfin, il faut mentionner la tradition de la reconnaissance des gouvernements étrangers: en ne reconnaissant pas un gouvernement étranger, ou en retirant une telle reconnaissance, un Etat pourrait sans autre juger un chef d'Etat ou un ministre d'un autre Etat, anciens ou actuels. Cette solution a notamment été soutenue par les instances judiciaires américaines dans l'affaire *Noriega*¹⁷. Elle paraît cependant contraire à l'esprit de l'arrêt *Yerodia*, qui semble admettre une immunité «*erga omnes*», absolue pour les ministres des affaires étrangères en exercice et relative aux actes de fonction pour les anciens ministres des affaires étrangères, sans faire dépendre une telle immunité d'une quelconque reconnaissance de la part de l'un ou l'autre gouvernement¹⁸.

2.2 Les actes de fonction des anciens ministres des affaires étrangères

La distinction que la Cour semble vouloir établir dans son *obiter dictum* du paragraphe 61 entre les actes de fonction et les actes privés d'un ancien ministre des affaires étrangères, si elle est relativement facile à établir en matière civile et com-

15 Les articles 6 § 2 et 7 § 2 des Statuts respectivement du TPIY et du TPIR excluent toute immunité attachée à la qualité officielle de l'accusé.

16 Voir l'article 27 du Statut de la Cour pénale internationale, adopté à Rome le 17 juillet 1998.

17 *U.S. v. Noriega* (1990) 746 F. Supp. 1506 ss, 1519–1521; *U.S. v. Noriega* (1997) 117 F.3d 1206. Sur le sujet, voir C. E. Hickey, *The Dictator, Drugs and Diplomacy by Indictment: Head of State Immunity in «United States v. Noriega»*, Connecticut Journal of International Law (Con. J. Int'l. L.), 4 (1989), 729 ss, 752. Selon Vandermeersch (n. 3), 292, la Belgique n'accorderait également l'immunité qu'aux chefs d'Etat reconnus officiellement par la diplomatie belge.

18 Il est vrai que, dans le cas d'espèce, la Belgique avait bel et bien reconnu le régime de Kabila, et donc que la question de l'immunité d'un ministre appartenant à un gouvernement non reconnu par l'Etat de la poursuite ne se posait pas.

merciale, est beaucoup plus difficile à faire d'une manière générale¹⁹. Certaines définitions ont déjà été décidées par la jurisprudence ou proposées par la doctrine. Ainsi, pour les tribunaux américains, le test est de savoir «whether the act was done to promote the state's interests – whether it was done for his own benefit or gratification or was done for the state»²⁰. Pour Sir Arthur Watts, le critère est «whether the conduct was engaged in under colour of or in ostensible exercise of the head of state's public authority»²¹.

La question de savoir si des crimes «contre les droits de l'homme» ou des crimes «de droit international» peuvent entrer dans la catégorie des actes de fonction a été largement débattue par les Lords dans l'affaire *Pinochet*²² ainsi que par la doctrine subséquente²³. La lecture des paragraphes 58 para. 1 et 61 de l'arrêt permet de dire que cette controverse est dépassée et qu'il faut admettre dorénavant que le fait que des crimes «internationaux» aient été commis ne pose pas d'exception au principe de l'immunité.

A l'inverse, il reste à déterminer si un ancien ministre qui a outrepassé ses pouvoirs établis par son propre droit national peut avoir agi dans le cadre de ses

19 Le Professeur Verhoeven relève cette difficulté dans son rapport d'août 2001 à l'Institut du Droit International (IDI), pour finalement renoncer à établir des critères de distinction et conclure qu'il faut «s'en remettre, au moins provisoirement, à la sagesse des tribunaux» (*J. Verhoeven, Rapport à l'IDI, Vancouver, 2001, § 28*). Sur la question, voir *J. Salmon, Immunités et actes de la fonction, Annuaire Français de Droit International (AFDI), 38 (1992), 314–357*. Ce dernier auteur cite un certain nombre de jurisprudences ayant refusé l'immunité du fait que les crimes et délits ont été commis pour des motifs personnels (*ibid.*, 328–329).

20 *U.S. v. Noriega* (1990) 746 F. Supp. 1506 ss, 1519–1521.

21 *Watts*, (n. 5), 56.

22 Voir notamment les opinions individuelles de Lord Nicholls of Birkenhead ou de Lord Steyn émises dans le cadre du premier arrêt *R. v. Bartle, ex parte Pinochet*, House of Lords, 25 novembre 1998, ILM 37 (1998), 1333–1334, resp. p. 1337.

23 Sur la question de l'immunité des chefs d'Etat ou des anciens chefs d'Etat en relation avec l'affaire *Pinochet*, voir not. *A. Bianchi, Immunity Versus Human Rights: The Pinochet Case, European Journal of International Law (EJIL), 10 (1999), 237*; *C.A. Bradley/J. L. Goldsmith, Pinochet and International Human Rights Litigation, Michigan Law Review (Mich. L. R.), 97 (1999), 2129*; *J. Bröhmer, Diplomatic Immunity, Head of State Immunity, State Immunity: Misconceptions of a Notorious Human Rights Violator, Leiden Journal of International Law (LJIL), 12 (1999), 361*; *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», Revue Générale de Droit International Public (RGDIP), 104 (2000), 309*; *P. De Sena, Immunità di ex-capi di Stato e violazioni del divieto di tortura, Rivista di Diritto Internazionale (RDI), 82 (1999), 933*; *C. Dominicé, Quelques observations sur l'immunité de juridiction pénale de l'ancien chef d'Etat, RGDIP, 103 (1999), 297*; *J. Klabbers, The General, the Lords, and the Possible End of State Immunity, Netherlands Journal of International Law (NJIL), 68 (1999), 85*; *M. S. Mahmoud, Les leçons de l'affaire Pinochet, Journal du Droit International (JDI), 126 (1999) 1021*; *J. M. Sears, Confronting the Culture of Impunity: Immunity of Heads of State From Nuremberg to ex parte Pinochet, German Yearbook of International Law (GYIL), 42 (1999), 135*; *S. Villalpando, L'affaire Pinochet: beaucoup de bruit pour rien? L'apport au droit international de la décision de la Chambre des Lords du 24 mars 1999, RGDIP, 104 (2000), 393*.

fonctions. Le cas est notamment important lorsque le ministre en question a ordonné, organisé ou commis des crimes de génocide, des crimes de guerre ou contre l'humanité, des exécutions extrajudiciaires ou des actes de tortures. Dans ces cas, il est rare en effet que les Etats aient légiféré ou donné les pouvoirs à un ministre pour commettre de tels comportements, voire aient déclaré officiellement admettre ces comportements.

Or, comment justifier qu'un ancien ministre puisse avoir agi dans le cadre de ses fonctions s'il a outrepassé ses pouvoirs tirés du droit de son propre Etat, y compris le droit international applicable à son Etat, dans les systèmes monistes²⁴? Chaque Etat établit lui-même le cadre de son activité. Comme le dit Lord Hope of Craighead dans son opinion individuelle émise dans le cadre de l'affaire *Pinochet*, pour les chefs d'Etat: «the functions of the head of state (...) var(ies) from state to state according to the acts which he is expected or required to perform under the constitution of that state». «The functions of the head of state are those which his own state enables or requires him to perform in the exercise of government.»²⁵ En résumé, en dehors du cadre légal (au sens matériel) défini par l'Etat, l'Etat ne peut pas être engagé. L'auteur qui agit hors de ce cadre le fait «*ultra vires*». Il ne peut dès lors se prémunir d'une immunité *de fonction* pour ces actes s'il n'est plus *en fonction*.

L'argument belge, évacué par la Cour, selon lequel l'immunité doit être levée lorsqu'un ministre a commis certains crimes de droit international, pourrait ainsi revenir dans une certaine mesure en aval, ou plutôt «en-dessous», lorsqu'il s'agit de définir si le ministre a agi au nom et pour le compte de l'Etat, dans le cadre des intérêts publics définis par la loi de l'Etat lui-même²⁶.

Certes, cet argument ne couvre pas tous les cas de figure. Notamment, il se peut fort bien que des régimes dictatoriaux donnent des pouvoirs discrétionnaires étendus à l'exécutif. Par ailleurs, un Etat peut très bien ratifier ultérieurement les

24 L'arrêt rendu par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Streletz, Kessler et Krenz c. Allemagne*, Requêtes n° 34044/96, 35532/97 et 44801/98 du 22 mars 2001 est intéressant dans ce sens. Les accusés, hauts dignitaires de l'Allemagne de l'Est, furent jugés par les tribunaux allemands pour avoir ordonné de tirer sur les personnes qui s'enfuyaient d'Allemagne de l'Est. Ils n'invoquaient certes pas leur immunité mais la question du respect du principe «*nullum crimen sine lege*», prévu par l'article 7 CEDH. Or, selon la Cour, «la condamnation des requérants trouvait (...) sa base légale dans le droit pénal de la RDA applicable à l'époque des faits, et les peines correspondaient en principe à celles prévues dans les dispositions pertinentes de la législation de la RDA» (§ 55).

25 Opinion de Lord Hope of Craighead émise dans le cadre du second arrêt *R. v. Bartle, ex parte Pinochet*, House of Lords, 24 mars 1999, ILM, 38 (1999), 622.

26 *United States v. Noriega*, Appeal Court, 11th circuit, 7 juillet 1997, N° 92-4687, 96-4471, consid. III 1: «given that the record indicates that Noriega never served as the constitutional leader of Panama, that Panama has not sought immunity for Noriega and that the charged acts relate to Noriega's private pursuit of personal enrichment, Noriega likely would not prevail even if this court had to make an independent determination regarding the propriety of immunity in this case.»

actes commis par un ministre et déclarer que son ancien ministre a bel et bien agi dans le cadre de ses fonctions²⁷. Il n'empêche que l'examen du cadre légal national pour établir si un ancien ministre a agi dans le cadre de ses fonctions obligerait les Etats à promulguer des législations assez visibles s'ils voulaient couvrir du sceau de l'immunité les activités de leurs représentants, donc à mettre dans la balance leur poids et leur réputation et ainsi les exposer à la réprobation, à des pressions, voire à des sanctions internationales²⁸.

Il faut également signaler que, selon la Cour, l'immunité est un *obstacle procédural à l'action pénale* – par opposition à une condition objective de punissabilité. Cette immunité n'emporte donc pas, comme l'a relevé justement la Cour, une *impunissabilité* (§ 60). Dès lors, il appartient à l'accusé, en l'occurrence un ancien ministre des affaires étrangères, de rendre pour le moins vraisemblable, lorsqu'il invoque le bénéfice de l'immunité, qu'il a agi dans le cadre de ses fonctions et non à titre privé²⁹.

En quelque sorte, la conformité des agissements d'un ministre *en exercice* avec le droit de son pays serait irréfragablement *présumée* tant que l'Etat qu'il représente ne le déjuge pas. A l'inverse, s'agissant d'un *ancien ministre*, les Etats pourraient se réserver le droit d'examiner plus en détail les pouvoirs octroyés par un Etat à ses ministres.

Enfin, les exemples, donnés par la Cour, d'actes typiques d'un ministre des affaires étrangères, à savoir ceux par lesquels il assure la direction diplomatique de son gouvernement et le représente dans les négociations internationales et les réunions intergouvernementales, laissent supposer que l'interprétation des fonctions d'un ancien ministre qui tombent sous le coup de l'immunité pourrait être relativement *restrictive*, et admise uniquement pour les cas où il a agi *dans le cadre des relations étrangères du pays*, par opposition à celui où il a agi dans un cadre interne³⁰.

27 Dans ce cas, un Etat tiers devrait se trouver en difficulté pour contrer les affirmations de l'Etat d'origine du ministre, sauf à violer le principe de l'«Act of State», selon lequel les tribunaux d'un Etat ne peuvent normalement pas mettre en cause la validité ou la légalité de déclarations ou d'actes publics d'un autre Etat souverain ou de ses agents (sur ce principe, voir *I. Brownlie*, *Principles of Public International Law*, Oxford, Oxford Univ. Press, 5^e éd., 1999, 509–510; *Daillier/Pellet*, *Droit international public*, Paris, L.G.D.J., 6^e éd., 1999, 503–504; *K. Ipsen*, *Völkerrecht*, Munich, Beck, 4^e éd., 1999, 330 ss, 664 ss; *R. Y. Jennings/A. Watts*, *Oppenheim's International Law*, Londres, Longman, 9^e éd., 1992, 365 ss; *M. Shaw*, *International Law*, Cambridge, Cambridge Univ. Press, 4^e éd., 1997, 192 ss, 492 ss; *A. Verdross/B. Simma*, *Universelles Völkerrecht, Theorie und Praxis*, Berlin, Duncker & Humblot, 3^e éd., 1984, §§ 1178 ss; *R. Wallace*, *International Law*, Londres, Sweet & Maxwell, 1997, 56, ainsi que les références citées).

28 L'exemple le plus connu d'acte officiel autorisant des actes manifestement contraires au droit international est celui de la jurisprudence israélienne relative aux «pressions physiques modérées» applicable aux détenus palestiniens sous interrogatoire.

29 Un élément de vraisemblance peut être le fait que l'Etat de l'ancien ministre intervienne en faveur de celui-ci pour affirmer qu'il a agi «*de jure imperii*» au moment où il était en fonction (dans ce sens, voir not. la jurisprudence *Noriega*, décision cit. supra note 25).

30 Voir également *Watts*, (n. 5), 100–101.

En tous les cas, si le mandat d'arrêt international a bien été émis lorsque M. Yerodia était ministre des affaires étrangères en exercice, et donc si la Cour a pu affirmer que le mandat d'arrêt était illégal au moment de son émission, au vu de l'immunité absolue dont il disposait à ce titre, rien n'interdirait à la Belgique d'émettre un nouveau mandat d'arrêt international à l'encontre de M. Yerodia, qui n'est plus ministre des affaires étrangères, comme le releva fort justement le Juge Oda dans son opinion dissidente (§ 15). Sans compter par ailleurs que les actes qui sont reprochés à M. Yerodia ont été commis alors qu'il n'était pas ministre des affaires étrangères. A moins que la Cour veuille encore étendre son raisonnement à tous les anciens ministres pour les actes de fonction commis dans l'exercice de leur Ministère ... et qu'elle admette que l'incitation au crime contre l'humanité puisse constituer un acte de fonction.

III. Les «actes d'Etat» susceptibles de faire obstacle à l'exercice de fonctions ministérielles étrangères

1. Les mandats d'arrêt «internationaux»

Un des problèmes les moins spectaculaires de cette affaire – mais des plus importants en droit pénal – est la portée d'un mandat d'arrêt émis par un Etat.

La Belgique soutenait en effet que la simple émission d'un tel mandat ne violait pas en soi la souveraineté de la RDC ni ne consistait en une atteinte à l'immunité de M. Yerodia, d'autant moins qu'il semble que le Juge d'instruction belge ait pris des précautions inhabituelles dans la rédaction de son mandat d'arrêt, pour informer les Etats récipiendaires que la Belgique n'entendait pas arrêter le ministre au cas où il s'y rendait en visite officielle³¹. De son côté, la RDC soutenait que l'émission du mandat d'arrêt constituait un acte de contrainte dirigé contre la personne de M. Yerodia, même en l'absence d'exécution du mandat et qu'elle visait à «soumettre à un pouvoir juridictionnel répressif interne un gouvernement étranger qui lui échappe en principe». Qui plus est, la portée «internationale» du mandat limitait d'autant la liberté et la mobilité du ministre dans l'exercice de ses fonctions de négociation internationale et de représentation.

Certes, on peut douter, avec les Juges Oda (§ 13) et van den Wyngaert (§ 78), que la Cour ait bien compris la portée exacte d'un mandat d'arrêt «international». En effet, si un tel mandat est exécuté à l'étranger, c'est sur seule décision de l'Etat territorial, qui apprécie souverainement son obligation d'arrêter et d'extrader la personne recherchée. Notamment, il existe des conventions internationales et des législations nationales qui prévoient expressément qu'un Etat requis peut refuser de don-

31 Cet argument a notamment été retenu par le Juge Al-Khasawneh, § 4.

ner suite à une requête d'extradition si l'Etat requérant entend poursuivre la personne sur la base d'un principe de compétence inconnu de l'Etat requis³². L'argument de la Belgique était donc que s'il devait y avoir arrestation à l'étranger, cette arrestation serait de la responsabilité première de l'Etat d'arrestation et non pas de l'Etat ayant émis le mandat.

La Cour s'est pourtant montrée peu impressionnée par l'argument, pour affirmer que la simple émission d'un tel mandat déployait des *effets* qui empêchaient le ministre d'exercer concrètement sa fonction, ou en tous les cas lui rendaient l'exercice de sa fonction plus difficile. Il est vrai à ce sujet que les exemples donnés par le Juge Bula Bula sont assez convaincants quant aux effets négatifs que l'émission du mandat d'arrêt international a déployés sur par rapport à l'exercice de la fonction de M. Yerodia (§§ 45–46).

Il convient dès lors d'élargir le débat pour examiner plus en détail la théorie des effets qui sous-tend le raisonnement de la Cour.

2. *Les autres actes susceptibles d'avoir des «effets»*

Selon l'arrêt *Lotus*, rendu en 1927 par la CPJI³³, «la limitation primordiale qu'impose le droit international à l'Etat est celle d'exclure – sauf l'existence d'une règle permissive contraire – tout *exercice* de sa puissance sur le territoire d'un autre Etat»³⁴. A l'inverse, la CPJI n'exclut pas le droit pour les Etats «d'étendre leurs lois et leur juridiction à des personnes, des biens et des actes hors du territoire», partant du principe que le droit international «leur laisse à cet égard, une large liberté, qui n'est limitée que dans quelques cas par des règles prohibitives»³⁵ ou, pour reprendre la formule célèbre, «en droit international, toute porte est ouverte à moins qu'elle ne soit fermée par un traité ou par une coutume établie»³⁶.

Or, si la CIJ affirme l'existence d'une coutume (à défaut de la démontrer) en ce qui concerne l'immunité d'un ministre des affaires étrangères en fonction ou d'un ancien ministre des affaires étrangères pour des actes de fonction, rien n'indique qu'une telle coutume s'étende jusqu'à l'interdiction d'émettre un mandat d'arrêt – inexécuté en l'occurrence – à l'encontre d'un tel ministre ou ancien ministre. Finalement, la Belgique n'a pas arrêté et encore moins jugé M. Yerodia, et donc elle n'a pas *exercé* sa puissance à l'encontre de ce dernier. Tel était notamment l'argument des Juges Oda (§ 13) van den Wyngaert (§§ 76 ss).

32 Convention européenne d'extradition (CEEX), Conseil de l'Europe, 13 décembre 1957, STE N° 24, art. 7 al. 2; article 3 de la Loi française de 1927.

33 C.P.J.I., affaire *Lotus*, 7 septembre 1927, série A, N° 10.

34 *Ibid.*, 18–19.

35 *Ibid.*

36 *Ibid.*, 34.

Le raisonnement qui permet d'arriver à cette conclusion est de considérer que le mandat d'arrêt international crée des *effets* extraterritoriaux qui sont prohibés en soi. Tel semble notamment être l'avis des juges Higgins, Kooijmans et Buerghenthal, pour qui: «an international arrest warrant (...) is analogous to the locking-on radar to an aircraft: it is already a statement of willingness and ability to act and as such may be perceived as a threat to do at a moment of Belgium's choosing. Even if the action of a third State is required, the ground has been prepared» (§ 69).

Ce raisonnement n'est pas inconnu. Il ressemble à s'y méprendre à celui de la Cour dans l'affaire de la *licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*³⁷, selon lequel «dans le cas où l'emploi envisagé d'une arme ne satisferait pas aux exigences du droit humanitaire, la menace d'un tel emploi contreviendrait aussi à ce droit»³⁸.

Reste à déterminer les actes qui, en dehors de l'émission d'un mandat d'arrêt international, auraient pour effet d'empêcher ou de rendre plus difficile l'exercice du métier de ministre des affaires étrangères.

A ce propos, une question qui se pose de plus en plus régulièrement devant les juridictions nationales est celle de savoir si des tribunaux peuvent saisir et confisquer des biens ou des valeurs appartenant à des – ou étant au nom de – chefs d'Etat ou ministres étrangers, lorsqu'il y a lieu de croire que ces biens ou valeurs sont des produits d'infractions, par exemple des biens ou valeurs pillés par des chefs d'Etats ou ministres³⁹. L'arrêt *Yerodia* s'applique-t-il uniquement à la contrainte ou à la menace d'une contrainte physique? Dans quelle mesure l'arrêt *Yerodia* empêche-t-il dorénavant l'exercice du droit pénal à l'encontre de tels biens ou valeurs? La Cour n'avait pas à trancher cette question, qui reste en suspens.

Certains Etats particulièrement concernés par une telle problématique ont développé des solutions originales. Ainsi, le Tribunal fédéral suisse a récemment décidé, dans une série d'arrêts relatifs à la République du Kazakhstan⁴⁰, que des biens et valeurs appartenant à des – ou étant au nom de – chefs d'Etat étrangers en exercice pouvaient être saisis pénalement lorsqu'ils sont le produit d'une activité privée

37 C.I.J., avis consultatif sur la *licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, 8 juillet 1996, Rec. 1996, 65.

38 *Ibid.*, § 78.

39 Voir à ce propos M. Henzelin, *L'immunité pénale des chefs d'Etat en matière financière. Vers une exception pour les actes de pillage de ressources et de corruption?*, Revue Suisse de Droit International et de Droit Européen (RSDIE), 12 (2002), 179–212; M. Lugato, *Il recupero all'estero di somme e di beni trafugati da ex-capi di Stato*, RDI, 80 (1997), 104 ss; J. Verhoeven, *Sur la récupération à l'étranger des sommes détournées par d'anciens chefs d'Etat*, in: *Etudes de droit international en l'honneur de Pierre Lalive*, éd. par C. Dominicé/R. Patry/C. Reymond, Bâle, Francfort-sur-le-Main, Helbing & Lichtenhahn, 1993, 359 ss.

40 Arrêt du Tribunal fédéral, affaire *République du Kazakhstan*, 24 décembre 1999, réf. 1P.628/1999; arrêt rendu dans la même cause, 8 décembre 2000, réf. 1P.582/2000, reproduit partiellement in: RSDIE, 10 (2000), 589–591; arrêt du Tribunal fédéral, affaire *République du Kazakhstan*, 25 juin 2001, réf. 1A.94/2001.

(«*de jure gestionis*»), par opposition à une activité souveraine («*de jure imperii*») de l'Etat étranger. Pour déterminer si une activité doit être qualifiée «*de jure gestionis*», le Tribunal fédéral affirma ne pas vouloir s'en tenir au seul rattachement de l'activité au droit public ou au droit privé, du fait que cette distinction peut parfois être malaisée à effectuer. De même, le Tribunal fédéral refusa de considérer le seul but poursuivi par l'Etat étranger, pour ne retenir que *la nature intrinsèque de l'opération mise sur pied par l'Etat*.

La question qui se pose dès lors pour le Tribunal fédéral est celle de savoir «si l'acte relève de la puissance publique ou s'il s'agit d'un rapport juridique qui pourrait, dans une forme identique ou semblable, être conclu par deux particuliers»⁴¹. A ce propos, le Tribunal fédéral considéra qu'un Etat étranger ne peut être mis au bénéfice de l'immunité de juridiction et d'exécution s'il a recours à des sociétés privées pour cacher l'identité étatique du propriétaire ou bénéficiaire des biens et valeurs litigieux, et que si un Etat se comporte «à l'instar de tout privé offrant un bien ou un service et aboutissant, au terme de négociations menées sur un pied d'égalité, à la conclusion de contrats», il ne peut se prévaloir de l'immunité.

L'arrêt *Yerodia* laisse cependant planer un sérieux doute sur la légalité, au vu du droit international public, d'un tel développement.

IV. Conclusion

Comme le dit un auteur par rapport à cet arrêt, «à Waterloo, Napoléon attendit Grouchy et ce fut Blücher qui surgit»⁴²: on attendait un arrêt sur la compétence universelle et l'on obtint un arrêt sur l'immunité des ministres des affaires étrangères. Il reste à déterminer si l'immunité est le Blücher de cet arrêt et si l'arrêt est le Waterloo du droit international.

La Cour doit être louée pour son esprit de décision par rapport à une problématique – celle de l'immunité d'un ministre des affaires étrangères, et plus généralement celle des ministres – peu claire en droit international et qui avait besoin d'être tranchée. La Cour a choisi une voie qui ménage la souveraineté des Etats et qui favorise leur bon voisinage: elle affirme l'immunité totale des ministres des affaires étrangères en exercice par rapport à des poursuites engagées par des Etats, à moins que l'Etat d'origine du ministre ne la lève. Une telle attitude doit être saluée au moment où des Etats ont tendance à vouloir instrumentaliser le droit pénal à des fins propres. Cependant, les «fenêtres» ouvertes sur la poursuite et la répression d'un mi-

41 Arrêt du Tribunal fédéral, affaire *République du Kazakhstan*, 8 décembre 2000, réf. 1P.582/2000, consid. 2 c), 9–10.

42 J.-P. Quéneudec, Un arrêt de principe: l'arrêt de la C.I.J. du 14 février 2002, ADI, mai 2002, «<http://www.ridi.org/adi>», 2.

nistre des affaires étrangères en exercice sont assez étroites et ne vont pas dans le sens de la justice.

Notamment, l'arrêt de la Cour relatif au *mandat d'arrêt du 11 avril 2000* semble interdire dans l'*obiter dictum* du paragraphe 61, et par un raisonnement *a contrario*, qu'un ancien ministre puisse être poursuivi pour les actes de fonction qu'il a commis à l'époque où il exerçait son ministère. Cependant, on doit sérieusement se demander si un ancien ministre doit encore bénéficier de l'immunité, du fait précisément qu'il n'assume plus aucune fonction au nom et pour le compte de son Etat. Si tel était le cas, il faudrait encore, selon la Cour, distinguer les actes commis par d'anciens ministres dans le cadre de leur fonction et ceux qu'ils ont effectué à titre privé. Or, cette distinction n'a pas été posée clairement par la Cour, qui ne définit d'ailleurs pas les actes de fonction d'un ministre ou ancien ministre. Enfin, il faut se demander si l'arrêt de la Cour ne vise que les mandats d'arrêt internationaux et les requêtes d'extradition ou s'il vise tous les actes qui produisent des effets attentatoires à l'exercice de la fonction de ministre des affaires étrangères.

Malheureusement, la Cour n'est pas très prolixe sur ces points et la doctrine devra s'employer à discuter et à imaginer des solutions conformes à l'arrêt rendu et à son esprit, sans préteriter la marche de la justice. Une des possibilités à étudier pourrait être la limitation des actes de fonction à ceux commis dans le cadre du droit positif de l'Etat d'origine du ministre.

Gageons que la Cour sera saisie tôt ou tard pour trancher ces problèmes encore en suspens.