



COUNCIL OF EUROPE CONSEIL DE L'EUROPE

Strasbourg, 29/08/2001

CAHDI (2001) 7
Restreint

COMITÉ DES CONSEILLERS JURIDIQUES
SUR LE DROIT INTERNATIONAL PUBLIC
(CAHDI)

22e réunion
Strasbourg, 11-12 septembre 2001

**LES IMMUNITES DES CHEFS D'ETAT ET DE GOUVERNEMENT ET DE CERTAINES
CATEGORIES DE HAUTS FONCTIONNAIRES FACE AUX OBLIGATIONS DES ETATS DE
POUVSUIVRE LES RESPONSABLES DE CRIMES INTERNATIONAUX**

Note de discussion soumise par la délégation suisse

LES IMMUNITES DES CHEFS D'ETAT ET DE GOUVERNEMENT ET DE CERTAINES CATEGORIES DE HAUTS FONCTIONNAIRES FACE AUX OBLIGATIONS DES ETATS DE POUVSUIVRE LES RESPONSABLES DE CRIMES INTERNATIONAUX ¹

A. ETAT DE LA QUESTION

1. Dès l'origine du droit international, un ensemble de règles ont été développées qui rendent possibles et favorisent l'établissement et le maintien de relations pacifiques entre les Etats. Parmi ces règles, on compte des *privilèges et des immunités*, par lesquels les Etats s'engagent, sur une base de réciprocité, à s'abstenir d'exercer leurs droits de puissances souveraines à l'égard d'autres Etats et de leurs agents. Une des formes d'immunité les plus importantes est l'immunité de juridiction pénale : elle soustrait certains représentants d'un Etat à l'action des organes de poursuite pénale d'un autre Etat. Seule une partie des règles d'immunité est codifiée² ; les autres relèvent de l'usage : dans un cas concret, la question du principe de l'octroi de l'immunité et celle de la portée de celle-ci peuvent donc être problématiques.

2. Par ailleurs, le droit des gens a de tout temps stigmatisé les comportements des Etats ou des individus qui compromettent la paix et la sécurité de la communauté des nations. On a notamment considéré les *crimes de portée internationale* comme motifs de poursuite pénale et on a fait obligation aux Etats d'empêcher de tels crimes ou de les poursuivre. On mentionnera d'abord à ce titre le génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre, mais aussi la torture, le terrorisme, le crime d'agression, la traite des esclaves ou la piraterie. Cependant, on ne peut toujours fixer avec certitude la portée exacte de l'obligation de poursuivre pénalement ces crimes.

3. Or, la *lutte contre l'impunité* prend une importance croissante et le droit pénal international se développe rapidement : face à cette évolution, le champ d'application et l'existence même des immunités accordées par le droit international semblent être remis en question, lorsque sont en cause des personnes sérieusement soupçonnées d'avoir commis des crimes d'une gravité extrême. Un Etat peut ainsi se trouver confronté, en matière de droit international, à des obligations opposées : d'une part l'obligation de protéger certaines formes d'immunité et, d'autre part, celle d'exercer des poursuites pénales. Il est d'autant plus difficile de résoudre cette contradiction que ces obligations découlent toutes deux d'objectifs parfaitement légitimes. Le problème de fond résulte ainsi d'un *conflit classique entre deux intérêts légitimes* de la communauté internationale, qui peuvent s'opposer dans des cas particuliers :

- l'intérêt de protéger la souveraineté fonctionnelle des Etats, qui permet l'existence de relations internationales bien réglées entre des Etats pourvus de droits égaux ;
- l'intérêt d'assurer une poursuite efficace des crimes les plus graves relevant du droit pénal international et leur punition, afin de garantir une réelle protection des droits de la personne.

4. Dans une situation concrète, la façon dont il convient de résoudre ce conflit d'intérêts peut être sujette à controverse. Cependant, du fait de la *dimension clairement internationale du problème*, il serait utile que les Etats s'entendent sur la voie à suivre. En effet, un Etat qui

¹ Ce document est destinée à servir de base à une discussion préliminaire au sein du CAHDI, la présente note ne reflète pas nécessairement la position de la Suisse.

² Est notamment codifié, dans l'article 31 de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, l'immunité des diplomates face à la juridiction pénale de l'Etat accréditaire. De plus, l'article 31 de la Convention sur les missions spéciales établit l'immunité des représentants de l'Etat d'envoi au sein d'une mission spéciale (ainsi que des membres du personnel diplomatique de cette mission) face à la juridiction pénale de l'Etat de réception.

voudrait, dans la pratique, ne tenir compte que du premier de ces intérêts risquerait de devenir un refuge pour de grands criminels qui tomberaient ailleurs sous le coup de poursuites. À l'inverse, un Etat qui ne tiendrait compte que du second intérêt pourrait susciter des incertitudes telles que la prévisibilité et la stabilité nécessaires aux relations interétatiques pourraient être mises en question ; il pourrait aussi s'exposer à des risques d'usages abusifs de son système judiciaire.

5. C'est pourquoi il semble indiqué de rechercher *un équilibre adéquat* et des solutions praticables, au moyen d'échanges de vues approfondis entre Etats. La présente note vise à apporter quelques suggestions pour un tel dialogue. À titre d'analyse préparatoire, elle propose un essai de typologie des cas possibles.

B. TYPOLOGIE DES CAS

6. On peut distinguer les cas qui se présentent dans ce contexte en fonction de trois paramètres :

- 1) qui a pris l'initiative de requérir l'ouverture de la poursuite pénale ?
- 2) quelle fonction la personne visée occupe-t-elle ? et
- 3) quels crimes lui sont reprochés ?

1. L'initiative de la poursuite pénale

a) Pour mémoire : procédure pénale engagée dans un pays contre un de ses nationaux qui se prévaut d'immunités

7. Ce cas n'est pas traité dans la présente note, laquelle n'a pas pour objet les immunités accordées par la Constitution ou la loi d'un Etat à ses dirigeants politiques. On ne s'occupera donc que des immunités relevant du droit international, accordées à des agents d'Etats étrangers.

b) Procédure pénale impliquant deux Etats

8. Ce cas correspond à l'exemple suivant : les autorités de poursuite pénale d'un Etat ouvrent une enquête pénale contre un agent d'un autre Etat, qui se prévaut d'immunités pénales garanties par le droit international. (En règle générale, cette personne se trouve sur le territoire de l'Etat qui ouvre la procédure. Toutefois, plusieurs pays prévoient, dans des situations exceptionnelles, la possibilité d'ouvrir une poursuite pénale sur la base d'une compétence universelle qui fait abstraction d'un tel lien.)

c) Demande d'entraide judiciaire d'un Etat tiers

9. On peut également envisager qu'un Etat tiers adresse une demande d'entraide judiciaire à l'Etat sur le territoire duquel séjourne actuellement l'auteur des faits reprochés. La requête est alors traitée conformément à la convention d'entraide judiciaire passée entre les deux Etats, s'il en existe, et à la législation sur l'entraide judiciaire de l'Etat requis. En général, la procédure prévue par cette législation dispose également que l'on examine obligatoirement si l'Etat requis doit tenir compte d'immunités pénales.

d) Tribunaux internationaux

aa) *Tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et pour le Rwanda*

10. Les statuts des tribunaux institués par le Conseil de sécurité des Nations Unies prévoient pour tous les Etats un devoir de coopération, qui inclut l'obligation d'arrêter et de

remettre au tribunal les personnes inculpées³. Ils excluent toute immunité⁴. Conformément à l'article 103 de la Charte des Nations Unies, ces obligations prévalent sur les autres obligations juridiques des Etats, de sorte que ceux-ci doivent répondre sans restriction à un mandat d'arrêt ou à une demande de remise émis par un des tribunaux.

bb) Cour pénale internationale

11. Le Statut de Rome de la Cour pénale internationale prévoit pour les Etats parties l'obligation d'apporter leur pleine coopération à la Cour. Alors que l'article 27 déclare que d'éventuelles immunités pénales n'empêchent pas la Cour d'exercer sa compétence, l'article 98 l'oblige à tenir compte des immunités de ressortissants d'Etats non parties au Statut. Ainsi l'Etat requis est-il dispensé d'examiner lui-même dans le détail s'il doit tenir compte d'immunités.

2. Nature des immunités de la personne visée

12. L'on peut également distinguer les cas de figure en fonction de la nature des immunités dont la personne visée peut se prévaloir.

a) Chef d'Etat en exercice

13. Dans le cas d'un chef d'Etat, un doute peut exister quant au fondement sur lequel l'immunité pénale repose : le chef d'Etat jouit-il de *l'immunité diplomatique ou de l'immunité d'Etat* ? Peut-être cette alternative ne rend-elle pas justice à la position particulière occupée par le chef d'Etat. Il pourrait se révéler plus pertinent de partir du principe qu'il s'agit d'une immunité *sui generis*, qui conjugue des éléments caractéristiques des deux domaines.

14. Il est clair que le chef d'Etat en exercice est fortement identifié à l'Etat et qu'il constitue le principal *garant de ses capacité et liberté d'action*. L'arrestation et la poursuite pénale d'un chef d'Etat en exercice par un autre Etat mettraient sérieusement en danger la souveraineté fonctionnelle de l'Etat en question, le paralyseraient et le précipiteraient même dans une crise constitutionnelle. Les relations entre Etats deviendraient des plus délicates dès lors qu'un Etat s'érigerait en juge d'un autre Etat en privant ce dernier de son premier dirigeant.

15. Même lorsqu'un chef d'Etat en exercice est soupçonné d'avoir commis une infraction d'une gravité extrême, l'intérêt qu'il y a à préserver la capacité d'action de l'Etat devrait prévaloir sur l'intérêt à intenter des poursuites pénales. Pour la même raison, un Etat ne devrait pas non plus répondre à la légère à la demande d'un Etat tiers d'arrêter et d'extrader le chef d'un autre Etat. Font seuls exceptions les cas de mandats d'arrêt émis par un tribunal international ou – sous le régime du Statut de Rome – par la Cour pénale internationale.

b) Ancien chef d'Etat

16. Dans le cas d'un ancien chef d'Etat se pose la question de la *prolongation de l'effet* des immunités pour des actes commis dans l'exercice des fonctions. L'article 39, par. 2, de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, l'article 53, par. 4, de la Convention de Vienne sur les relations consulaires et l'article 43, par. 2, de la Convention sur les missions spéciales prévoient une telle prolongation de l'effet pour les cercles de personnes

³ Article 29 du statut du tribunal international pour l'ex-Yougoslavie ; article 28 du statut du tribunal pénal international pour le Rwanda.

⁴ Article 7, par. 2, du statut du tribunal international pour l'ex-Yougoslavie ; article 6 par. 2, du statut du tribunal pénal international pour le Rwanda.

énumérés dans lesdits instruments – et l'on pourrait argumenter qu'un chef d'Etat devrait lui aussi pouvoir bénéficier d'un traitement similaire.⁵

17. Il est vrai qu'un chef d'Etat en exercice n'est pleinement en mesure d'agir que lorsqu'il n'a pas à craindre d'être tenu pour responsable, une fois qu'il quitte ses fonctions, de toutes les infractions imaginables dont il se serait rendu coupable au cours de son mandat. C'est la raison pour laquelle il devrait pouvoir bénéficier d'une certaine immunité pénale pour les actes accomplis dans l'exercice de ses fonctions lorsque celles-ci prennent fin.

18. Même si l'on suit cette ligne de pensée, il ne reste que peu de marge pour l'attribution d'une immunité dans le cas de poursuites pénales pour des crimes de droit international, telles le crime de génocide, les crimes contre l'humanité ou les crimes de guerre. Il ne s'agit en effet pas ici de simples violations du droit international public, pas plus que du reproche général d'avoir violé les droits de l'homme. Les infractions définies par le droit des gens sont soumises à des règles particulières, qui ont précisément pour objectif de permettre que l'individu soit appelé à répondre de ses actes par-delà la protection offerte par les immunités, en particulier dans les cas où l'auteur n'a pas agi exclusivement pour des motifs personnels, mais aussi pour le compte de l'Etat qu'il représente. (Or, ce qui caractérise la plupart des crimes au regard du droit international, c'est précisément le fait qu'ils sont souvent perpétrés par le biais de moyens étatiques.)

19. L'on peut dès lors argumenter que, lorsque des indications sérieuses portent à croire qu'un ancien chef d'Etat aurait commis des violations d'une gravité extrême, tout Etat – même sans mandat international et sans le consentement de l'Etat concerné – devrait pouvoir intentar une action de sa propre initiative ou à la demande d'un Etat tiers.⁶

c) Chef de gouvernement et membre du gouvernement en exercice

20. Dans le cas d'un chef de gouvernement en exercice se pose d'abord la question de la délimitation des attributions par rapport à celles du chef d'Etat – en particulier lorsque le chef d'Etat exerce des fonctions plutôt symboliques tandis que le chef de gouvernement dispose de pouvoirs étendus. Reste que le droit des gens ne se préoccupe généralement pas de la question de l'attribution interne des compétences ; il s'en tient à la désignation des fonctions communiquée à l'extérieur. Il est ainsi possible qu'un chef d'Etat qui exerce avant tout des activités de représentation jouisse d'immunités bien plus étendues qu'un chef de gouvernement qui a pour sa part davantage de pouvoir.

21. Ensuite, la portée exacte des immunités reste floue. Lorsque des chefs et des membres de gouvernements accomplissent des déplacements officiels, l'application des dispositions qui régissent les immunités accordées aux représentants de l'Etat en mission spéciale entre en ligne de compte (voir la section (e) ci-dessous). Si la protection se limitait

⁵ Si l'on estime qu'une prolongation fonctionnellement limitée de l'effet des immunités doit également s'étendre à un ancien chef d'Etat, une question corollaire se pose alors, de savoir si un chef d'Etat qui commet des infractions d'une gravité extrême le fait vraiment "dans l'exercice de ses fonctions". La question suggère déjà la réponse, car il ne fait aucun doute que la perpétration de crimes de droit international n'entre pas dans les attributions d'un chef d'Etat, telles qu'elles sont prévues par la Constitution. Toutefois, la question induit peut-être en erreur, car un chef d'Etat qui commet un crime de droit international n'en reste pas moins chef d'Etat. Si l'on voulait considérer ses crimes comme étant de nature purement privée, il pourrait en résulter, du point de vue de la responsabilité des Etats, de lourdes conséquences pour les victimes. Il paraît clair, en effet, qu'un chef d'Etat qui est l'auteur d'un crime de droit international, met en cause non seulement sa propre responsabilité, mais également celle de son Etat.

⁶ Il faudrait toutefois, dans ce cas, examiner toutes les possibilités d'atténuation des conséquences : l'Etat dont l'ancien dirigeant s'est rendu coupable de crimes de droit international est-il prêt à renoncer à l'immunité ? Est-il peut-être même prêt à intenter lui-même des poursuites à l'encontre de la personne et dans quelles conditions ? Y aurait-il éventuellement motif à confier une procédure judiciaire à un autre Etat ou à chercher à ce qu'elle soit prise en charge par un tribunal international ?

effectivement à ces seules prérogatives, cela impliquerait qu'un chef ou un membre d'un gouvernement en exercice ne serait pas à l'abri de poursuites par un juge étranger dès lors qu'il se trouverait en voyage pour des motifs privés. Cette protection très limitée contre les poursuites pénales peut se justifier en cas d'accusations très concrètes d'avoir commis une infraction d'une extrême gravité. En l'absence d'accusations de ce type, il conviendrait peut-être de déterminer quelles sont les fonctions effectivement exercées par la personne. Dans tous les cas, l'arrestation, par un autre Etat, d'un chef de gouvernement ou d'un ministre chargé de relations extérieures suivie de poursuites ou d'une extradition vers un Etat tiers, constitue une intervention à ne pas prendre à la légère.

22. Lorsqu'un mandat d'arrêt ou une demande de remise est émis par les Tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie ou pour le Rwanda, le cas de figure ne pose en revanche que peu de problèmes : tout Etat est alors tenu de coopérer, sans égard pour les immunités qui auraient été octroyées. Il devrait en aller de même, à l'avenir, de la Cour pénale internationale, du moins dans la mesure où le représentant étatique incriminé est ressortissant d'un Etat partie au Statut de Rome.

d) Diplomates accrédités

23. Pour ce qui est des diplomates accrédités, il n'existe pas non plus de difficultés si un mandat d'arrêt est émis par un tribunal international. L'affaire se complique lorsqu'un Etat reçoit une demande d'extradition d'un autre Etat ou lorsqu'une autorité d'instruction nationale souhaite entamer des poursuites pénales à l'encontre d'un diplomate étranger.

24. Les diplomates accrédités font office, dans l'Etat accréditaire, d'instruments de l'Etat accréditant : ils représentent ce dernier, veillent à la préservation de ses intérêts et de ceux de ses ressortissants et mènent des négociations avec le gouvernement de l'Etat accréditaire. Les fonctions exercées par un diplomate ne sont certes pas comparables à celles d'un chef d'Etat. Néanmoins, l'arrestation d'un diplomate porterait un coup à l'Etat accréditant et nuirait sensiblement à la possibilité, pour cet Etat, d'entretenir des relations avec l'Etat accréditaire.

25. Etant donné qu'un diplomate a besoin de l'agrément de l'Etat accréditaire, il serait contraire à la bonne foi d'accorder l'agrément dans le seul but d'arrêter aussitôt le diplomate à son entrée sur le territoire de l'Etat accréditaire. Si des soupçons devaient naître une fois l'accréditation terminée, et dans la mesure où l'Etat accréditant ne consentirait pas à une levée de l'immunité, il conviendrait de déclarer le diplomate *persona non grata*. Cette règle n'est toutefois pas applicable lorsqu'un mandat d'arrêt est émis par un tribunal international.

26. Par ailleurs, un diplomate accrédité pourrait faire l'objet de poursuites pénales lorsque des indications suffisantes portent à croire qu'un crime de droit international a été commis sur *le territoire même* de l'Etat accréditaire, si l'on devait considérer que les obligations internationales de poursuivre et de réprimer l'emportent sur celles qui garantissent une immunité.⁷

e) Représentants en mission spéciale

27. A l'instar des représentants diplomatiques, les représentants d'un Etat en mission spéciale jouissent de l'immunité de la juridiction pénale de l'Etat de réception (art. 31 de la Convention sur les missions spéciales). Le dilemme existant entre les exigences découlant de cette immunité, d'une part, et les obligations internationales en matière de poursuite pénale, d'autre part, peut être atténué de la même façon que pour les diplomates.

⁷ On pourrait argumenter, par exemple, que l'article 6 en relation avec l'article 4 de la Convention pour la prévention de la répression du crime de génocide comporte l'obligation de tout Etat de lutter *avant tout* contre les actes de génocide commis sur son propre territoire.

28. L'envoi d'une mission spéciale est soumis au consentement de l'Etat de réception. L'Etat d'envoi doit notifier le nom et la fonction des personnes pressenties. L'Etat de réception peut alors rejeter l'ensemble de la mission ou l'un de ses membres sans avoir à motiver sa décision. Si l'Etat de réception sait ou, au vu des circonstances, devrait savoir qu'une personne proposée est soupçonnée d'avoir commis un crime du droit des gens, il devrait refuser son consentement⁸. Il ne saurait advenir que l'Etat de réception autorise l'entrée de représentants en mission spéciale dans le seul but de procéder à leur arrestation au moment de leur arrivée sur son territoire. Si, en revanche, un représentant en mission spéciale commet un tel crime sur le territoire de l'Etat de réception, l'obligation première de cet Etat, à savoir d'empêcher et de poursuivre de tels agissements sur son territoire, devrait prévaloir sur la Convention sur les missions spéciales. Entre ces deux cas de figure, il existe une zone grise qui devrait être clarifiée en fonction des circonstances concrètes, soit en particulier du type de mission spéciale ainsi que de la charge et de la fonction du représentant dont il est question.

3. Nature des crimes

29. On peut aussi distinguer les affaires en fonction des crimes à examiner concrètement. Suivant le cas, l'Etat est soumis à diverses obligations de poursuites. Il serait bien difficile de dresser le catalogue précis des crimes de droit international. On peut à coup sûr évoquer en premier lieu les catégories de crimes graves récemment dégagées en droit international par le Statut de Rome de la Cour pénale internationale : génocide, crimes contre l'humanité et crimes de guerre. Mais cette liste n'est pas limitative.

30. On ne saurait non plus circonscrire avec précision les obligations incombant à l'Etat concerné en matière d'action pénale. L'examen détaillé de cette question dépasserait l'objet de la présente note. Voici cependant quelques points qui revêtent une acuité particulière.

31. a) Pour certains crimes, les Etats sont soumis à des *obligations alternatives* qui peuvent les dispenser d'engager une action pénale de leur propre initiative. Cela vaut par exemple pour le crime de génocide, la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide posant le principe du *aut dedere aut judicare*.

32. b) L'obligation n'a pas toujours un caractère universel et n'existe parfois que sous *certaines conditions* (par exemple, le crime doit avoir été commis sur le territoire national de l'Etat concerné ou par l'un de ses ressortissants).

33. c) Certaines conventions imposent, en revanche, une *compétence universelle*. Dans un tel cas, on peut se demander dans quelle mesure un Etat est admis, pour la mise en œuvre de ses obligations, à assortir de conditions additionnelles (comme la présence de l'accusé à la procédure) l'ouverture de poursuites engagées en vertu de la compétence universelle.

34. d) Il peut arriver que l'interprétation stricte des dispositions d'une convention plus ancienne soit abandonnée au profit de *développements* plus récents du droit international. Si l'article 6 de la Convention sur le génocide pouvait encore être compris comme stipulant que l'obligation de poursuites ne s'applique qu'à des crimes commis sur le territoire de l'Etat partie concerné, une interprétation aussi étroite semble aujourd'hui dépassée.

35. e) Le Statut de Rome de la Cour pénale internationale ne *crée* pas d'obligations de poursuite en soi ; il *présuppose* leur existence. Il incite ainsi les Etats à mettre en place les

⁸ Si le consentement a déjà été donné, il est encore possible de déclarer non acceptable un représentant en mission spéciale avant son arrivée sur le territoire de l'Etat de réception (art. 12 de la Convention sur les missions spéciales).

bases nécessaires à la répression efficace des crimes qu'il couvre, faute de quoi les Etats risqueraient de perdre leur compétence au profit de la Cour.

4. Pour mémoire : obligations découlant des accords de siège ou des accords sur les privilèges et immunités des organisations internationales

36. Les *accords de siège* ou les *accords sur les privilèges et immunités* des organisations internationales soulèvent des questions analogues à celles qui ont été abordées ici. Les obligations qui en découlent pourraient se *superposer* à celles qui ont été évoquées. Exemple : participation d'un membre d'un gouvernement étranger à une conférence convoquée par une organisation internationale, avec présence de cette personne au siège de l'organisation. Si la personne est soupçonnée de crimes de droit international, peut-elle être arrêtée par l'Etat hôte ? Aux deux intérêts mentionnés au début de cette note s'ajoute ainsi un troisième intérêt qu'il convient de prendre en considération : celui du bon fonctionnement de l'organisation internationale.

C. SYNTHÈSE

37. La relation entre les règles d'immunité et les obligations de poursuite pénale énoncées par le droit international est complexe. Elle suppose de ce fait une approche différenciée tenant compte de tous les intérêts qui sont concrètement en jeu. Etant donné la dimension internationale de la question, il paraît souhaitable que les Etats procèdent à un échange de vues afin de prévenir les risques de dissentiment.