

La responsabilité pénale internationale du chef d'État

Alain Fenet

Volume 32, Number 3, 2002

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1028083ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1028083ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (print)

2292-2512 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Fenet, A. (2002). La responsabilité pénale internationale du chef d'État. *Revue générale de droit*, 32(3), 585–615. <https://doi.org/10.7202/1028083ar>

Article abstract

The issue of liability of government leaders and particularly of heads of state has undergone dramatic changes over the past few years, in a way that can be qualified as a "true legal revolution." We have moved from a principle of general immunity benefiting heads of state engaged in criminal acts, regardless of whether they are still in office or not, to the affirmation of criminal liability under international law for their public acts. The evolution of judicial thinking, the activities of international tribunals, and daring innovations of several national courts have combined to create a trend, recognized as real progress in the law, which leads inevitably to challenging the immunity of heads of state. This determination to hold government leaders accountable for their actions must be situated in the broader context affecting the leaders and the nations themselves. In this context, the issue of liability of heads of state revolves around the precedent-setting value of their conduct. It is often at this high level that the real accountability for the most odious crimes lies, crimes for which immunity is no longer acceptable. But it is also at this level that the sovereignty of the state is most patently exercised, thus forming by and large the basis for the development of international law; the principle of immunity of heads of state traditionally served to ensure respect for that sovereignty. One may wish to bridge these two contradictory imperatives, as the present trend seems to be, by suppressing the legal obstacle created by the immunity principle. But, then, one must avoid the temptation to conceal the considerable political challenges that such a trend entails.

La responsabilité pénale internationale du chef d'État

ALAIN FENET

Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Nantes

RÉSUMÉ

La question de la responsabilité des gouvernants et plus particulièrement de celle des chefs d'État a connu au cours des dernières années des développements spectaculaires pouvant être qualifiés de « véritable révolution juridique ». On est passé en effet d'une situation d'impunité générale profitant aux chefs d'État criminels, qu'ils soient en exercice ou retirés des fonctions, à l'affirmation d'une responsabilité internationale de nature pénale pour leurs actes publics. L'évolution de la conviction juridique, l'activité des tribunaux internationaux et les audaces nouvelles des tribunaux nationaux se conjuguent pour traduire une dynamique perçue comme un progrès du droit et conduisant inéluctablement à remettre en cause l'immunité du chef d'État. Cette volonté de juger

ABSTRACT

The issue of liability of government leaders and particularly of heads of state has undergone dramatic changes over the past few years, in a way that can be qualified as a "true legal revolution." We have moved from a principle of general immunity benefiting heads of state engaged in criminal acts, regardless of whether they are still in office or not, to the affirmation of criminal liability under international law for their public acts. The evolution of judicial thinking, the activities of international tribunals, and daring innovations of several national courts have combined to create a trend, recognized as real progress in the law, which leads inevitably to challenging the immunity of heads of state. This determination to hold government leaders accountable for their actions must be situated in the

doit être replacée dans une évolution plus vaste qui affecte les gouvernants et l'État lui-même. Dans ce contexte, la question de la responsabilité des chefs d'État est exemplaire. C'est souvent à ce niveau que s'exerce la véritable responsabilité des crimes les plus odieux, dont l'impunité n'est plus acceptée. Mais c'est aussi à ce niveau que se manifeste le plus visiblement la souveraineté de l'État, base sur laquelle l'ordre juridique international est encore construit pour l'essentiel; la règle de l'immunité du chef d'État visait à en assurer le respect. Entre les deux exigences une contradiction peut apparaître. On peut vouloir la résoudre, comme l'évolution présente semble le rechercher, en supprimant l'obstacle juridique que constitue l'immunité du chef d'État. Mais il ne faut pas cacher alors l'enjeu politique considérable qui s'y trouve contenu.

broader context affecting the leaders and the nations themselves. In this context, the issue of liability of heads of state revolves around the precedent-setting value of their conduct. It is often at this high level that the real accountability for the most odious crimes lies, crimes for which immunity is no longer acceptable. But it is also at this level that the sovereignty of the state is most patently exercised, thus forming by and large the basis for the development of international law; the principle of immunity of heads of state traditionally served to ensure respect for that sovereignty. One may wish to bridge these two contradictory imperatives, as the present trend seems to be, by suppressing the legal obstacle created by the immunity principle. But, then, one must avoid the temptation to conceal the considerable political challenges that such a trend entails.

SOMMAIRE

Introduction.....	587
I. L'immunité du chef d'État, un obstacle juridique.....	591
A. Un moyen de procédure.....	592
1. La notion d'immunité	592
2. Une immunité particulière.....	593

B. Une raison d'être fondamentale.....	595
1. Le chef d'État, représentant de l'État.....	596
2. On juge l'État en jugeant le chef d'État.....	597
II. L'immunité du chef d'État, un enjeu politique.....	601
A. Des développements ambigus.....	601
1. La compétence de la cour pénale internationale.....	602
2. La compétence universelle.....	605
B. Des effets limités.....	609
1. "Une révolution en trompe-l'œil".....	609
2. Un progrès certain.....	611
Conclusion.....	614

« Les infractions en droit international sont commises par des hommes et non par des entités abstraites. Ce n'est qu'en punissant les auteurs de ces infractions que l'on peut donner effet aux dispositions du droit international. »¹

INTRODUCTION

La question de la responsabilité des gouvernants et plus particulièrement de celle des chefs d'État a connu au cours des dernières années des développements spectaculaires pouvant être qualifiés de « véritable révolution juridique »². On est passé en effet d'une situation d'impunité générale profitant aux chefs d'État criminels, grâce à leur immunité de juridiction en droit international, qu'ils soient en exercice ou retirés des fonctions, à l'affirmation d'une responsabilité internationale de nature pénale pour leurs actes publics. C'est évidemment l'affaire Pinochet qui constitue le moment décisif à cet égard. En permettant par son arrêt du 24 mars 1999 l'extradition de l'ancien dictateur chilien, dans un contexte fortement dramatisé, le Comité judiciaire de la

1. Jugement du Tribunal de Nuremberg, vol. 1, p. 223.

2. E. DECAUX, « Les gouvernants », in H. ASCENCIO, E. DECAUX et A. PELLET, *Droit international pénal*, Cedin Paris X, éditions Pédone, 2000, p. 184.

Chambre des Lords est revenu sur un principe fondamental du droit des gens³. Sa décision a « profondément changé la donne dans la lutte contre l'impunité à l'échelle internationale. On a vu depuis, un peu partout, d'anciens responsables être convoqués par des juges »⁴. Ceux-ci agissent sur la base soit d'une compétence territoriale, le crime ayant été commis sur le territoire du for, soit d'une compétence passive découlant de la nationalité de la victime, soit d'une compétence universelle exercée exceptionnellement pour la répression de crimes particulièrement graves affectant la communauté internationale et définis par le droit international.

Pour rendre compte de ces initiatives, il faut assurément mettre en avant une exigence morale portée avec de plus en plus d'insistance et d'efficacité par de multiples forces agissant dans la société internationale (organisations non gouvernementales, médias, Églises, et même certains gouvernants). Cette exigence a été satisfaite, de façon exemplaire, par les décisions du Conseil de sécurité des Nations Unies de créer les tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et pour le Rwanda⁵. Ceux-ci exercent leur compétence *ratione personae* envers tous les auteurs des crimes internationaux retenus, quel que soit le rang ou la fonction des intéressés⁶. Le statut de la Cour pénale internationale adopté ensuite dans un contexte favorable, à Rome en juillet 1998, par voie

3. Voir J.-Y. DE CARA, « L'affaire Pinochet devant la Chambre des Lords », (1999) *AFDI*, p. 72-100. On sait que A. Pinochet ne fut finalement pas extradé vers l'Espagne. Le 2 mars 2000, le Home Secretary fit savoir que le sénateur serait autorisé à rentrer au Chili, pour des raisons liées à son état de santé. Inculpé à son retour au Chili pour sa complicité dans des crimes d'enlèvement et d'homicide qualifié, le sénateur Pinochet a bénéficié d'une mesure de mise en liberté en raison de son état de santé.

4. I. RAMONET, « Présidents traqués », *Le Monde diplomatique*, 8/2001. « On rapporte que plusieurs chefs d'État africains, qui étaient invités au Canada pour le Sommet de la Francophonie, ont consulté leurs avocats et demandé des garanties au gouvernement d'Ottawa avant d'entreprendre le voyage », *Le Monde*, 26-28.9.1999.

5. TPIY: Résolution 808 (1993) et 827 (1993) pour le TPI pour l'ex-Yougoslavie; résolution 995 (1994) pour le TPI pour le Rwanda. Voir A. PELLET, « Le tribunal criminel international pour l'ex-Yougoslavie — Poudre aux yeux ou avancée décisive? », (1994) 1 *RGDIP*, p. 7.

6. Selon l'article 7 § 2 du statut du TPIY, « la qualité officielle d'un accusé, soit comme chef d'État ou de gouvernement, soit comme haut fonctionnaire, ne l'exonère pas de sa responsabilité pénale et n'est pas un motif de diminution de la peine ». L'article 6 § 2 du statut du TPIR avance la même disposition.

conventionnelle, sur la base d'une élaboration menée de longue date à l'ONU dans le cadre de la Commission du droit international (CDI), va dans le même sens en consacrant un article au « défaut de pertinence de la qualité officielle » (art. 27).

En réalité, le principe de la responsabilité personnelle des gouvernants n'est pas une nouveauté. Formulé à l'encontre de Guillaume II dans l'article 227 du traité de Versailles sans pouvoir recevoir application, il fut mis en œuvre après la Seconde Guerre mondiale dans le statut et dans la jurisprudence du Tribunal de Nuremberg, lequel constitue le véritable tournant dans la mise en cause de la responsabilité du chef d'État⁷. « Les principes de Nuremberg » furent en effet codifiés par la CDI en 1950 et notamment le principe III selon lequel « le fait que l'auteur d'un crime international a agi en qualité de chef d'État ou de fonctionnaire ne dégage pas sa responsabilité en droit international »⁸. Dans la brèche ainsi ouverte, et soutenu par les implications des idées nouvelles de crime international, de communauté internationale et de norme impérative de droit international (*jus cogens*), le principe de la responsabilité des gouvernants reçut progressivement d'autres applications, soit dans des textes conventionnels⁹, soit dans des déclarations de l'Assemblée générale des

7. Art. 7 du statut du tribunal : La situation officielle des accusés, soit comme chefs d'État soit comme hauts fonctionnaires, ne sera considérée ni comme une excuse absolutoire ni comme un motif de diminution de la peine.

Arrêt du tribunal en date du 1.10.46 : « La protection que le droit international assure aux représentants de l'État ne saurait s'appliquer à des actes criminels. Les auteurs de ces actes ne peuvent invoquer leur qualité officielle pour se soustraire à la procédure normale et se mettre à l'abri du châtement », p. 20, cité par Ch. ROUSSEAU, *Droit international public*, T.4, p. 126. Pour Ch. ROUSSEAU ce précédent apparaissait suffisant pour conclure que « le principe (de l'immunité de juridiction pénale) doit toutefois être considéré aujourd'hui comme abandonné dans le cas où une violation du droit international est imputable à un chef d'État », *ibid.*, p. 125.

8. « Principes du droit international consacrés par le statut du tribunal de Nuremberg et dans le jugement de celui-ci », texte figurant dans l'ouvrage *La Commission du droit international et son œuvre*, Nations Unies, 4^e édit., 1989, pp. 136-137.

9. Convention de 1948 pour la prévention et la répression du crime de génocide, art. 4 : « Les personnes ayant commis le génocide ou l'un quelconque des autres actes énumérés à l'article 3 seront punies, qu'elles soient des gouvernants, des fonctionnaires ou des particuliers ». On trouve une disposition analogue dans la Convention sur l'élimination et le répression du crime d'apartheid, art. 3.

Nations Unies¹⁰, soit dans les travaux de codification de la CDI¹¹. On le retrouve donc sans surprise dans les statuts des juridictions pénales internationales ci-dessus mentionnées, chargées de juger les criminels dont les agissements portent gravement atteinte à la communauté internationale. Le TPIY dans l'affaire *Anto Furundzija*, admet qu'il relève désormais du droit international coutumier¹².

Au total, il semble que l'évolution de la conviction juridique, l'activité des tribunaux internationaux et les audaces nouvelles des tribunaux nationaux expriment une dynamique conduisant inéluctablement à une remise en cause de l'immunité du chef d'État. « Pour l'instant, on ose poursuivre les anciens chefs d'État, on rêve de pouvoir en faire autant pour les chefs d'État en exercice. Il serait illusoire de penser cantonner les évolutions du régime de l'immunité des premiers sans qu'il y ait des conséquences sur le régime des seconds. »¹³

Mais cette volonté de juger doit être replacée dans une évolution plus vaste qui affecte les gouvernants et l'État lui-même. Les gouvernants sont de plus en plus rappelés au droit et amenés devant les juges, par des individus de plus en plus soucieux de leurs droits, par des groupements, voire par des autorités ou des institutions publiques, animés par l'exigence de leur faire rendre compte, qu'il s'agisse de crimes contre les personnes, de corruption ou d'autres méfaits. Simultané-

10. Voir par exemple la résolution adoptée par l'Assemblée générale, le 18.12.1992, portant Déclaration des principes des Nations Unies pour la protection de toutes personnes contre les disparitions forcées, article 14 : « Tous les États devraient prendre les mesures légales appropriées qui sont à leur disposition pour faire en sorte que tout auteur présumé d'un acte conduisant à une disparition forcée, qui relève de leur juridiction ou de leur contrôle, soit traduit en justice ».

11. Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, adopté par la CDI en 1996, art. 7 : « La qualité officielle de l'auteur d'un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité, même s'il a agi en qualité de chef d'État ou de gouvernement, ne l'exonère pas de sa responsabilité pénale et n'est pas un motif de diminution de la peine » ; voir Y. DAUDET, *Travaux de la Commission du droit international — Code des crimes contre la paix et la sécurité internationale*, (1996) *AFDI*, pp. 589 et suiv.

12. TPIY, jugement du 10.12.1998, § 140.

13. M. COSNARD, « Les immunités du chef d'État », in Société Française pour le Droit International, *colloque de Clermont-Ferrand*, Rapport introductif, juin 2001, à paraître, p. 3. Cf. le point de vue de Mme M. CHEMILLIER-GENDREAU « Un régime qui réprime et verse le sang ne peut, au nom de la souveraineté et de l'indépendance de l'État, bénéficier de légitimité aux yeux de la communauté internationale », *Universalité des droits humains*, *Le Monde diplomatique*, 12/1998.

ment, on voit le droit international se saisir d'un nombre croissant d'objets relevant traditionnellement de l'ordre domestique des États, et même attribuer directement droits et devoirs aux particuliers. Cette réduction du domaine que la souveraineté réservait aux États réduit la marge d'action politique tant dans l'ordre interne que dans l'ordre international, et accroît d'autant le rôle des mécanismes juridictionnels ou assimilés. Ces évolutions sont tributaires de mouvements profonds dits de mondialisation, menés dans le cadre du libéralisme économique par des forces puissantes, œuvrant pour ce faire notamment à une réduction de l'emprise des structures étatiques sur les sociétés nationales. Par le biais de l'extension du droit et du renforcement corollaire du rôle du juge, le risque apparaît d'«une remise en cause du politique en tant que lieu d'expression de l'intérêt général soumis au contrôle du suffrage universel»¹⁴.

C'est dans ce contexte d'ensemble qu'il faut considérer la question exemplaire de la responsabilité des chefs d'État. C'est souvent à ce niveau que doit être cherchée la véritable responsabilité des crimes les plus odieux. Mais c'est aussi à ce niveau que se manifeste le plus visiblement la souveraineté de l'État, base sur laquelle l'ordre juridique international est encore construit pour l'essentiel. Entre les deux exigences une contradiction peut apparaître. On peut vouloir la résoudre, comme l'évolution présente semble le rechercher, en supprimant l'obstacle juridique que constitue l'immunité du chef d'État. Mais il ne faut pas cacher alors l'enjeu politique considérable qui s'y trouve contenu. Ces deux aspects de l'immunité retiendront successivement l'attention.

I. L'IMMUNITÉ DU CHEF D'ÉTAT, UN OBSTACLE JURIDIQUE

Transférer la recherche de sanction du niveau international au niveau national étranger ne doit pas se faire au prix

14. A.-Cécile ROBERT, «Naissance d'une mythologie juridique», *Le Monde diplomatique*, 1/2001. L'auteur remarque que «L'affaire Pinochet a illustré ce conflit entre une légitimité juridique «objective», «presque magique», et la légitimité démocratique, «en remettant en cause l'accord passé par la classe politique chilienne sur le sort de l'ancien dictateur. Le compromis qui écartait les poursuites contre le dictateur était aussi celui qui permettait la fin de la dictature. L'invocation de principes supérieurs ne doit pas compromettre le sort concret des vivants», *ibid.*

d'une méprise sur l'institution de droit international que constitue cette immunité. Elle est un moyen de procédure dont la raison d'être est en effet fondamentale.

A. UN MOYEN DE PROCÉDURE

L'immunité de juridiction figure parmi les fins de non-recevoir communes à toutes les infractions¹⁵. Le chef d'État n'en est pas le seul bénéficiaire, mais elle présente dans son cas des caractères particuliers.

1. La notion d'immunité

Formé par le mot latin *immunitas*, le terme immunité signifie, étymologiquement, dispensé de toute charge¹⁶. Cette dispense vise à permettre le libre exercice d'une fonction, sans les entraves notamment que pourrait apporter une volonté tierce. Le droit international, codifié par plusieurs conventions, apporte diversement des immunités de juridiction et d'exécution aux agents diplomatiques et à leur famille, aux agents consulaires, à certains fonctionnaires internationaux, etc.¹⁷ « La justification unique de l'ensemble des immunités est la nécessité de permettre un exercice indépendant des fonctions de représentation d'une puissance étrangère souveraine. »¹⁸

L'immunité de juridiction empêche le procès; elle « repose sur le présupposé qu'une procédure est par nature une entrave »¹⁹. À l'égard des bénéficiaires, les tribunaux nationaux étrangers « sont privés de tout pouvoir de juger, de sorte qu'une action publique engagée contre eux serait irrece-

15. A. HUET et R. KOERING-JOULIN, *Droit pénal international*, PUF, Thémis, 2^e éd., 2001, p. 224.

16. Voir *Dictionnaire historique de la langue française*, A. REY (dir.), Le Robert, 1992.

17. *Convention de Vienne du 18.4.1961 sur les relations diplomatiques; convention de Vienne du 24.4.1963 sur les relations consulaires; convention des Nations Unies du 8.12.1969 sur les missions spéciales.*

18. J.-P. PANCRACTIO, « L'évolution historique du statut de chef d'État », in Société Française pour le Droit International, *colloque de Clermont-Ferrand*, Rapport introductif, juin 2001, à paraître, p. 33.

19. M. COSNARD, Rapport introductif, *op. cit.*, note 13, p. 4.

vable : il importe peu que l'infraction soit grave ou non.»²⁰. Fin de non-recevoir, l'immunité ne doit pas être confondue avec une exception d'incompétence.

L'immunité internationale oblige à rechercher le juge normalement compétent dans l'ordre interne dont relève le bénéficiaire, quel que soit ce bénéficiaire. Elle ne doit pas être confondue avec l'impunité qui est un échec à l'application de la loi. Mais il est un fait que l'immunité conduit le plus souvent à l'impunité par l'effet de situations politiques ou juridiques internes (immunité, amnistie); « nombre de problèmes d'immunité internationale pourraient être évités s'il n'existait pas de situation d'impunité interne »²¹.

2. Une immunité particulière

L'immunité du chef d'État est particulière d'abord en raison de son fondement exclusivement coutumier. Elle contribue à la protection spéciale que « le droit des gens assure traditionnellement au chef de l'État à raison de la place éminente qu'il occupe dans les rapports internationaux »²². Elle semble tellement évidente que les manuels ne lui accordent généralement pas de développements particuliers, se contentant de renvoyer aux règles générales du droit international, comme le fait aussi d'ailleurs la convention de 1969 sur les missions spéciales²³.

Cette immunité joue par principe. La renonciation à en bénéficier est possible, mais elle ne saurait être présumée; elle doit toujours être expresse, et « il convient d'appliquer les règles relatives à la renonciation des immunités des États »,

20. A. HUET et R. KOERING-JOULIN, *Droit pénal international*, PUF, Thémis, 2^e éd., 2001, p. 224.

21. H. ASCENCIO, « L'immunité des chefs d'État et des gouvernants », in Cedin *L'immunité pénale des gouvernants*, à paraître, cité par M. COSNARD, Rapport introductif, *op. cit.*, note 13, p. 2. Cf. M. BENNOUNA : « l'expérience historique montre que la justice nationale ferme les yeux, parfois, pour ne pas raviver les blessures. » , in H. ASCENCIO, E. DECAUX et A. PELLET (dir.), *Droit international pénal*, Cedin, Pédone, p. 736.

22. Ch. ROUSSEAU, *Droit international public*, *op. cit.*, note 7, p. 118.

23. Art. 21 : « Le chef d'État d'envoi, quand il se trouve à la tête d'une mission spéciale, jouit dans l'État de réception ou dans un État tiers des facilités, privilèges et immunités reconnus par le droit international aux chefs d'État en visite officielle ».

lorsqu'il s'agit d'immunités « accordées *ratione materiae* et qui sont en fait celles de l'État »²⁴.

La protection qui en résulte est particulièrement forte puisqu'elle doit paralyser la procédure dès son début, ainsi que la Cour suprême allemande comme la Cour de Cassation française ont eu l'occasion de le rappeler ²⁵.

Pour indiscutable qu'elle soit dans son existence, la règle de l'immunité est pourtant, paradoxalement, relativement incertaine dans son contenu. Ce flou résulte de la rareté des indications fournies par la pratique et surtout des évolutions contemporaines affectant la matière. Pour en faire une présentation très succincte on suivra les analyses présentées par M. Cosnard dans son rapport précité au colloque de la Société française pour le droit international. Cet auteur procède non pas en établissant des catégories mais en distinguant dans la pratique « certaines lignes de recoupement »²⁶. On obtient alors le tableau suivant :

- en rapprochant le régime de l'immunité du chef d'État de celui de l'État lui-même, on conclurait à l'absence d'immunité pour les actes purement privés;
- en le déduisant du régime des immunités diplomatiques, on constate au contraire que la pratique tend à accorder une immunité quasi absolue en matière de juridiction civile, pénale et administrative, ceci selon la considération logique qu'« on ne saurait envisager que le chef d'État soit moins protégé que des représentants moins prestigieux »;
- en liant l'immunité aux actes de la fonction, on cherche à la circonscrire, pour la refuser à des actes caractérisés comme hors fonction, mais on aboutit alors à une impasse, d'une part parce qu'il n'appartient pas au droit international de déterminer les fonctions d'un chef d'État et,

24. M. COSNARD, Rapport introductif, *op. cit.*, note 13, p. 19. Les citations suivantes sont extraites du même rapport.

25. Dans l'affaire *Honecker* (14.12.1984), la Cour a considéré qu'une enquête de police est déjà une violation de l'immunité d'un chef d'État; cité par M. COSNARD, rapport introductif, *op. cit.*, note 13, p. 16. Dans l'affaire *Khadafi* citée *infra*, note 39, il résulte de l'arrêt de la Cour de cassation, conformément aux conclusions de l'Avocat général, que l'immunité du chef d'État s'exerce dès le premier acte de la procédure pénale (l'ordonnance du juge d'instruction selon laquelle il y a lieu à informer) et qu'elle peut être soulevée d'office par le Parquet.

26. « Les immunités du chef d'État », *op. cit.*, note 21, pp. 20 et suiv.

d'autre part, parce que les crimes les plus graves commis par les gouvernants sont accomplis de fait dans l'exercice de leurs fonctions, ainsi que le retient parfois le droit international lui-même; « ainsi l'article 1 de la convention de 1984 définit la torture comme étant un acte accompli par des agents publics agissant à titre officiel; il serait incohérent de soutenir qu'il s'agit d'un acte hors fonction pour lever l'immunité, mais d'un acte "officiel" dès lors qu'il s'agit d'établir la responsabilité de l'individu »;

- en s'attachant à la matière pénale, on constate une unanimité de la doctrine pour accorder une immunité absolue au chef d'État en exercice, ce principe ne pouvant céder que face à des dispositions contraires de droit positif parfaitement claires;
- en matière d'immunité contre les mesures de contrainte envers un chef d'État en exercice, aucune décision de justice ne semble avoir été rendue mais « la logique et le bon sens commandent de reconnaître une inviolabilité personnelle totale et absolue au chef d'État en toute circonstance, dès lors que sa qualité est connue des autorités ».

Quelles que soient les incertitudes sur son contenu exact²⁷, cette immunité est liée à la fonction. Elle protège donc le chef d'État aussi longtemps qu'il est en fonction et, lorsque ce n'est plus le cas, elle continue à couvrir les actes accomplis en relation avec ses fonctions officielles.

B. UNE RAISON D'ÊTRE FONDAMENTALE

Le fondement de l'immunité du chef d'État peut être formulé schématiquement, de façon abrupte, en disant que le chef d'État c'est l'État, puisqu'il en est le représentant suprême, et donc qu'en le jugeant on juge l'État.

27. Cf. ces remarques de E. DECAUX: « Pendant longtemps ces distinctions se sont cumulées, la jurisprudence ne levant les immunités étatiques que dans le cas d'agissements privés de chefs d'État déchus. Au contraire un chef d'État en exercice bénéficiait d'une immunité pour ses agissements privés, tandis qu'un ancien chef d'État restait protégé contre tout recours en justice contre les "actes publics" exercés lorsqu'il était au pouvoir », *Droit international pénal*, Cedin, *op. cit.*, note 21, p. 184.

1. Le chef d'État, représentant de l'État

Historiquement, dans les débuts de l'époque moderne, la souveraineté est un attribut de la personne du roi et ce n'est que lentement qu'une distinction s'opère entre la personne du monarque et son État. Les relations internationales sont alors « des relations entre des souverainetés incarnées et par conséquent personnelles »²⁸. Ce n'est qu'à la fin du XVIII^e siècle que la reconnaissance mutuelle des États comme sujets égaux de droit international se dissocie clairement de la personne des monarques. Ceux-ci ne sont plus alors des souverains mais des représentants d'États souverains.

Qu'il dispose de réels pouvoirs dans le système politique ou que sa fonction ne soit que symbolique, qu'il soit monarque constitutionnel ou président républicain, le chef d'État « est nécessairement de nos jours un représentant. La fonction de représentation ne s'entend pas ici comme étant le résultat d'un lien de subordination à une autorité interne instituante, à un mandant, fût-il un peuple, mais comme une fonction indépendante relevant de l'exercice d'une dignité. Cette notion ne paraît pas erronée si l'on veut bien la séparer de l'idée de mandat de représentation et la rapprocher plutôt de celle de représentation dignité, en tant qu'image à la fois abstraite et physique d'un État, du peuple qui y vit et qui en fait l'histoire »²⁹. Cette fonction de représentation internationale comporte un minimum de charges diplomatiques, faisant du chef d'État un point de passage obligé dans le cérémonial des relations officielles entre États.

La souveraineté restant la clef de voûte du système international jusqu'à nos jours, elle continue à fonder le statut du chef d'État comme représentant après l'avoir établi comme personne. Si le chef d'État doit être protégé contre les volontés étrangères et notamment par voie d'immunités, c'est pour protéger la souveraineté de l'État. « C'est en réalité au souverain que sont accordés immunités, protection et privilèges... Il n'est plus guère contesté désormais que l'immunité

28. J.P. PANCRACTIO, Rapport introductif, *op. cit.*, note 18, p. 23.

29. *Id.*, p. 27.

du chef d'État est une manifestation de l'immunité de l'État lui-même, laquelle est amplement justifiée par son indépendance »³⁰. Là se trouve la raison fondamentale de l'immunité, raison pour laquelle elle est par principe étrangère aux fonctions politiques réellement remplies par l'intéressé. L'égalité juridique des États sur la base de leur souveraineté conduit à l'égalité des chefs d'État³¹.

2. On juge l'État en jugeant le chef d'État

Dès lors que l'immunité n'est pas respectée et qu'il ne s'agit pas d'actes de gestion d'intérêts purement privés, la conclusion s'impose : c'est l'État qu'on va juger. Un État se donne le pouvoir de juger le fonctionnement d'un autre État lorsqu'il laisse ses tribunaux juger le chef de ce dernier. Or un souverain ne peut en juger un autre : ce serait la négation du principe d'égalité censé gouverner sur cette base leurs relations, ainsi que l'exprime la maxime latine *par in parem imperium non habet*, classiquement appliquée par les tribunaux³².

30. M. COSNARD, Rapport introductif, *op. cit.*, note 13, p. 9. Une cour américaine a clairement formulé dans l'affaire *Lafontant c. Aristide* le fondement des immunités dont bénéficient les chefs d'État : « Head-of-state immunity, like foreign sovereign immunity, is premised on the concept that a state and its ruler are one for the purposes of immunity ». « Heads of states must be able to freely perform their duties at home and abroad without the threat of civil and criminal liability in a foreign legal system », Eastern District Court of New York, 27.1.1994, *I.L.R.*, vol. 103, pp. 581-593, p. 585, cité par M. COSNARD, Rapport introductif, *op. cit.*, note 13, p. 5. et p. 10. Il s'agissait d'une action en dommages et intérêts dirigée contre Jean-Bertrand Aristide pour avoir ordonné une exécution extra judiciaire, l'intéressé se trouvant en exil aux États-Unis mais encore reconnu par ceux-ci comme chef de l'État haïtien.

31. « Il en résulte que, malgré une confusion souvent pratiquée et source d'erreur, l'immunité du chef d'État contemporain appartient au système des immunités de l'État et non au système des immunités diplomatiques, ces dernières constituant un ensemble autonome au demeurant dérivé des immunités de l'État », J.P. PANCRAIO, Rapport introductif, *op. cit.*, note 18, p. 82.

32. De façon exemplaire, la Cour d'Appel d'Alger avait jugé que « suivant un principe de droit international universellement admis, les souverains et chefs d'État participent de l'indépendance de l'État dont ils sont les représentants; placés en quelque sorte au dessus des lois de tout État étranger, ils ne peuvent être soumis à aucune juridiction autre que celle de leur propre nation », arrêt du 22.1.1914, *Ben Aedad c. Bey de Tunis*, *JDI*, 1914, p. 1290.

L'invocation d'une responsabilité personnelle encourue par le chef d'État comme par tout individu, si elle satisfait la morale, ne suffit pas à régler le problème juridique et politique posé. On a déjà fait la remarque que la dissociation entre l'acte individuel et l'acte accompli dans la fonction est largement fictive, surtout lorsqu'il s'agit des dirigeants. Les crimes ne sont le plus souvent commis par ces derniers qu'en raison de leur autorité dans l'État. Tout l'appareil d'État est alors impliqué comme on l'a vu dans les crimes commis par le régime de Milosevic. Les crimes commis par lui sur le territoire de l'ex-Yougoslavie étaient au demeurant liés à une stratégie de conquête du pouvoir et de maintien au pouvoir, stratégie longtemps soutenue par une large part du personnel politique et des citoyens serbes. Ne faudrait-il pas alors, dans la recherche des responsabilités et des sanctions à prononcer, tenir compte du caractère institutionnel des crimes?

À cet égard, deux pistes pourraient être suivies.

Une première piste consisterait à suivre la réflexion de G. Scelle sur le dédoublement fonctionnel des dirigeants dans l'ordre interne et dans l'ordre international, dédoublement qui conduit à leur reconnaître une personnalité juridique internationale propre³³. Sur cette base la mise en cause de leur responsabilité pourrait être conçue de manière spécifique; «... c'est un véritable système particulier de responsabilité des chefs d'État qui pourrait alors être conçu et pas seulement le système de responsabilité qui s'applique jusqu'à présent sur un plan général, à l'individu quel qu'il soit, auteur d'actes internationaux odieux »³⁴. Ces idées ont trouvé un écho atténué dans l'article 28 du statut de la CPI qui affirme une responsabilité spécifique des chefs militaires et autres supérieurs hiérarchiques pour les crimes de leurs subordonnés qu'ils auraient dû pouvoir empêcher.

Une seconde piste consisterait à admettre que l'État peut être porteur d'une responsabilité pénale internationale. Toute une construction juridique avait été développée dans

33. Pour G. SCELLE, gouvernants et agents nationaux réalisent un dédoublement fonctionnel caractéristique des relations intersociales et par lequel ils deviennent aussi gouvernants et agents internationaux; G. SCELLE, *Précis du droit des gens*, T. I, 1932, p. 43.

34. J.P. PANCRACIO, Rapport introductif, *op. cit.*, note 18, p. 96.

cette direction dans l'entre-deux-guerres par un courant doctrinal soucieux de moraliser la politique internationale en la soumettant au droit, et particulièrement par Vespasien Pella. Ce dernier avait cherché à promouvoir l'idée d'une « criminalité collective des États »³⁵ et élaboré les bases d'un système dans lequel les États pouvaient être considérés aussi bien que les personnes physiques comme « sujets actifs d'infractions internationales », l'infraction internationale étant définie comme « une action ou une inaction sanctionnée par une peine prononcée et exécutée au nom de la communauté des États »³⁶. Ces idées n'ont pas abouti à l'époque et elles se heurtent toujours à une forte opposition. En témoignent, dans un contexte juridique différent, les interminables discussions qui se déroulent à la Commission du droit international sur la notion de « crime de l'État », dans le cadre du projet d'articles sur la responsabilité des États, et la décision de mettre de côté le projet d'article 19 distinguant entre les crimes et les délits internationaux³⁷.

L'institutionnalisation de la justice pénale internationale, par le Conseil de sécurité créant les deux TPI et par la convention de Rome créant la CPI, a suivi la voie de la responsabilité personnelle ouverte par le Tribunal de Nuremberg. On a rappelé que de nos jours ce principe de la responsabilité personnelle ne fait plus discussion en droit international, ne serait-ce que parce qu'il est retenu par quelques conventions. Mais, en l'occurrence, dans le cas du chef

35. V. PELLA, *La criminalité collective des États et le droit pénal de l'avenir*, Bucarest, Imprimerie de l'État, 1925. L'auteur partait de cette considération de base que « une différence fondamentale sépare la criminalité collective de la criminalité individuelle. La criminalité collective des États, ainsi que celle des autres agrégats sociaux, est parfaitement distincte et indépendante des tendances criminelles que posséderaient les individus composant ces agrégats. De même que les formations sociales ont une vie propre et indépendante de celle de leurs membres composants, de même la criminalité collective diffère entièrement de la criminalité individuelle », p. 21.

36. V. PELLA, *La guerre — crime et les criminels de guerre — Réflexions sur la justice pénale internationale*, Éditions de la Baconnière, Neuchâtel, réédition de 1964, p. 52-53.

37. Voir sur la question J. DUGARD, *The International Law Commission and the criminal responsibility of states*, *Revue internationale de droit pénal*, 1999, vol. 70, n° 3-4, et J. CRAWFORD, P. BODEAU et J. PEEL, « La seconde lecture du projet d'articles sur la responsabilité des États de la Commission du droit international », (2000) 4 *RGDIP*, p. 911 et suiv.

d'État il est compris comme impliquant la perte de son immunité. « Il s'ensuit comme une déqualification du chef d'État, engendrée par les actes d'indignité qu'il a pu commettre ». Une première et spectaculaire illustration en a été apportée par la mise en accusation, le 22 mai 1999, de l'ex-Président de la République fédérale de Yougoslavie, Slobodan Milosevic; quatre chefs d'inculpation pour crimes contre l'humanité et infractions graves aux lois et coutumes de la guerre ayant été retenus contre lui³⁸. Devant les juridictions pénales internationales, cette déqualification ne devrait pas choquer. L'atteinte à la souveraineté de l'État reste pourtant bien réelle, mais l'argument perd de sa force et même de sa pertinence. Ici, en effet, la chute de l'immunité ne profite pas à un autre État mais à la Communauté internationale tout entière qui demande qu'on lui rende des comptes au nom des valeurs de l'Humanité.

Mais on voit désormais ces exceptions au principe de l'immunité couramment invoquées pour fonder une interprétation qui entraîne d'autres exceptions, à l'instar de ce que firent les juges anglais dans l'affaire *Pinochet* et aussi la Chambre d'accusation de la Cour d'appel de Paris dans l'affaire *Khadafi*, avant d'être censurée par la Cour de cassation³⁹. La question est donc posée de savoir si l'acte accompli dans l'exercice des fonctions mais crime selon le droit international, et donc indigne de figurer parmi les actes d'un chef d'État, continue, sauf exception conventionnelle, d'être couvert par son immunité, ou si tout un pan de l'immunité est en train de s'effondrer de par l'effet d'un processus coutumier, pour permettre la répression individuelle, générale et effective, de tels actes. Cette question fait l'objet d'un vif débat qui conduit à considérer l'enjeu politique considérable qui s'y trouve contenu.

38. *Chronique des faits internationaux*, (1999) 3 RGDIP, p. 742 et suiv. Ces inculpations sont relatives aux faits commis au Kosovo en 1998-1999. Une inculpation est dernièrement venue s'ajouter pour crime de génocide commis lors de la guerre en Bosnie (*Le Monde*, 25-26.11.2001). On sait que l'ex-Président Milosevic se trouve détenu à La Haye depuis son transfert, le 28 juin 2001, au TPI par les forces de l'OTAN sur décision du premier ministre serbe M. Zoran Djindjic.

39. Cass. Crim., arrêt n° 1414 du 13.3.2001, (2001) 2 RGDIP, p. 474 et suiv.; voir dans la même livraison les conclusions de l'avocat général Launay et le commentaire de Laurence Poirat, *Immunité de juridiction pénale du chef d'État étranger en exercice et règle coutumière devant le juge judiciaire*.

II. L'IMMUNITÉ DU CHEF D'ÉTAT, UN ENJEU POLITIQUE

Cet enjeu politique apparaît de manière très concrète à travers les développements accomplis récemment par la justice pénale internationale. Il faut relever leur ambiguïté avant d'admettre leurs effets limités.

A. DES DÉVELOPPEMENTS AMBIGUS

Des critiques ont été portées contre le TPIY et le TPIR qui auraient été créés plus pour répondre à l'émoi sélectif des opinions publiques que pour satisfaire au besoin d'une véritable justice internationale⁴⁰. Ces tribunaux témoigneraient aussi de la partialité avec laquelle le Conseil de sécurité répond à la multiplicité des politiques et comportements criminels de par le monde. À cela il suffit de répondre que pour qu'il y ait progrès, il faut bien commencer quelque part, en profitant de ce qu'il est possible de faire au moment. D'ailleurs, ces critiques ne perdent-elles pas toute pertinence face à la future Cour pénale internationale et à l'exercice de la compétence universelle? Ces deux outils constituent effectivement un grand progrès du droit en ce qu'ils annoncent aux dirigeants criminels, y compris aux chefs d'État, la fin de leur impunité et qu'ils permettent aux victimes de trouver un juge à défaut de le trouver dans l'État normalement compétent pour exercer la répression⁴¹. Mais la mise en œuvre de ces outils appelle des réserves. On retrouve, en effet, aussi bien dans l'exercice de la compétence de la future Cour comme dans celui de la compétence universelle, le jeu de

40. J. VERHOEVEN a sans doute raison d'observer qu'« il est probable notamment que la création des tribunaux pénaux pour l'ex-Yougoslavie ou pour le Rwanda répond moins au souci de prévenir la répétition de comportements révoltants qu'à celui de rétablir un certain ordre dans une société traumatisée par l'ampleur et l'horreur des violences dont ses membres ont été ou les victimes ou les auteurs », *Vers un ordre répressif universel, quelques observations*, (1999) *AFDI*, p. 60. Cf. également M. CHEMILLIER-GENDREAU : « Les gouvernants qui ont pris l'initiative de ces créations l'ont fait moins par moralisme que par nécessité d'apaiser l'opinion publique... Les mêmes raisons expliquent la création d'une juridiction criminelle générale », *Universalité des droits humains, Le Monde diplomatique*, 12/1998.

41. Cf. le point de vue de A. DORFMAN, « Le long adieu aux tyrans », *Le Monde* 9.4.2001; voir également le dossier *Horreurs d'hier : la mémoire et l'oubli*, publié dans le *Courrier de l'UNESCO*, décembre 2000.

réalités justement peu universelles, tributaires des rapports de force internationaux.

1. La compétence de la Cour pénale internationale

La création d'une juridiction criminelle internationale est assurément un « événement sans précédent dans l'histoire de l'humanité »⁴². Il est vraisemblable que « l'adoption par la Conférence de Rome, le 17 juillet 1998, du statut de la Cour Pénale Internationale restera comme l'événement juridique le plus marquant et le plus significatif de l'après-guerre froide »⁴³; ceci en admettant qu'elle voie effectivement le jour⁴⁴. Établie comme institution permanente pour juger des « crimes les plus graves ayant une portée internationale » (statut, art. 1), à savoir le crime de génocide, les crimes contre l'humanité, les crimes de guerre, le crime d'agression (statut, art. 5), tous crimes imprescriptibles (statut, art. 29), la Cour est compétente à l'égard des personnes physiques quelles qu'elles soient, sur la base du principe de la responsabilité pénale individuelle (statut, art. 25). L'article 27, relatif au défaut de pertinence de la qualité officielle, précise qu'« en particulier, la qualité officielle de chef d'État ou de gouverne-

42. J.-P. BAZELAIRE et Th. CRETIN, *La Justice pénale internationale*, PUF, 2000, préf, p. 1.

43. M. BENNOUNA, *Droit international pénal*, in H. ASCENCIO, E. DECAUX et A. PELLET (dir.), Cedin, Pédone, p. 735.

44. Adoptée à Rome, le 17.7.1998, par 120 voix pour, 7 contre (Chine, États-Unis, Inde, Israël, Turquie, Philippines, Sri Lanka) et 21 abstentions, la convention créant la CPI exige 60 ratifications pour entrer en vigueur. Elle prévoit l'élaboration postérieure de textes complémentaires tels que le règlement de procédure et de preuve et la définition des éléments constitutifs des crimes. Les travaux sont en cours, soumis à la pression de différents États, en particulier des États-Unis, soucieux de limiter les pouvoirs de la Cour. N.B. : La 60^e ratification a eu lieu le 11 avril 2002, permettant l'entrée en vigueur de la convention le 1^{er} juillet suivant.

Texte du statut in *La Cour pénale internationale, Le statut de Rome*, introduit et commenté par W. BOURDON avec E. DUVERGER, Essais, Seuil, 2000. Voir également R. BADINTER, « Pour une Cour criminelle internationale », Boutros Ghali Amicorum Discipulorumque Liber, Bruylant, pp. 109-133; M. BENNOUNA, « La création d'une juridiction pénale internationale et la souveraineté des États », (1990) *AFDI*, pp. 299-306; A. CASSESE, « The statute of the international court of justice : some preliminary reflections », (1999) 10 *EJIL / JEDI*, n° 1, pp. 144-172. L. CONDORELLI, « La Cour pénale internationale — un pas de géant pourvu qu'il soit accompli », (1999) *RGDIP*, pp. 7-21. J.-F. DOBELLE, « La convention de Rome portant statut de la Cour pénale internationale », (1998) *AFDI*, pp. 356-369.

ment [...] n'exonère en aucun cas de la responsabilité pénale..., pas plus qu'elle ne constitue en tant que telle un motif de réduction de la peine. Les immunités ou règles de procédure spéciales qui peuvent s'attacher à la qualité officielle d'une personne en vertu du droit interne ou du droit international n'empêchent pas la Cour d'exercer sa compétence à l'égard de cette personne ». En d'autres termes, il est affirmé que souveraineté, raison d'État et non ingérence doivent s'effacer devant la défense des valeurs fondamentales de la civilisation, sans lesquelles la paix et la sécurité dans le monde ne sont plus assurées.

Mais ce discours n'a de cohérence que si le principe de réprobation universelle s'applique universellement. Or « la CPI n'est pas universelle et, si elle permanente, elle n'a de compétence que pour l'avenir »⁴⁵. Elle n'est en effet compétente que pour les crimes commis après l'entrée en vigueur du Statut et seulement pour les États parties à la convention. Il y a de toute évidence contradiction entre le caractère universel et fondamental des intérêts que la Cour doit concourir à préserver et la relativité de sa compétence. Celle-ci, de plus, n'est que subsidiaire. L'action devant la Cour est en effet paralysée si « l'affaire fait l'objet d'une enquête ou de poursuites de la part d'un État ayant compétence en l'espèce, à moins que cet État n'ait pas la volonté ou ne soit dans l'incapacité de mener véritablement à bien l'enquête ou les poursuites » (statut, art. 17, 1, a). Le but de cette approche est certes « d'encourager les États à exercer leur compétence chaque fois que cela est possible », mais elle recèle de toute évidence des risques de blocage aboutissant à des situations d'impunité⁴⁶. Pour pallier toutes ces faiblesses, on ne peut qu'espérer, à partir de l'entrée en vigueur du statut, un effet d'entraînement imposant aux États les exigences du nouvel ordre pénal international.

Mais le plus important à relever est sans doute le pouvoir qu'a le Conseil de sécurité des Nations Unies, agissant au titre du chapitre VII de la Charte relatif à l'« action en cas de menace contre la paix, de rupture de la paix et d'acte

45. J.P. BAZELAIRE et Th. CRETIN, *op. cit.*, note 42, p. 63.

46. F. BOUCHET-SAULNIER, *Dictionnaire pratique de droit humanitaire*, La découverte, 2000, p. 112.

d'agression », de demander à la Cour de ne pas engager de poursuite pendant une durée de douze mois, renouvelable (art. 16). La liberté d'action qui doit être laissée au Conseil justifie cette disposition. Celui-ci doit pouvoir assumer «... la contradiction souvent soulignée, qui existe entre la nécessité de poursuivre des criminels et la volonté de négocier avec des 'interlocuteurs valables', pour parvenir à un accord visant au rétablissement de la paix, alors que ce sont souvent les mêmes personnes qui réunissent ces deux qualités »⁴⁷. Mais, quel que soit le bien fondé politique éventuel d'une telle action, « par cette disposition, la Cour restera sous la menace d'une véritable épée de Damoclès, puisque à tout moment une décision politique, c'est-à-dire du Conseil de sécurité, pourra geler son action »⁴⁸. La Cour est à tout le moins placée sous « tutelle politique »⁴⁹, c'est-à-dire concrètement sous la tutelle des grandes Puissances, membres permanents du Conseil et titulaires du « droit de veto ». Ce « pouvoir exorbitant sur la marche de l'instance »⁵⁰ induit évidemment « le risque... que certains membres du Conseil de sécurité veuillent se protéger ou protéger leurs amis contre une enquête »⁵¹; de cela les illustrations possibles viennent facilement à l'esprit. Si cela se produisait, l'action de la Cour renforcerait paradoxalement le sentiment si répandu dans le monde de l'injuste et inégale application du droit.

Au total, on constate que des considérations politiques entreront inévitablement en compte dans la mise en œuvre de la justice internationale, d'autant plus si ce sont celles des

47. P. TAVERNIER, *Vers une juridiction pénale internationale?, Mutations internationales et évolution des normes*, CRUCE-PUF, 1994, p. 148. Le ministre des Affaires étrangères du Royaume-Uni, M. J. STRAW, explicite ce point de vue : « Nous soutenons le principe d'une Cour pénale internationale. Nous nous équipons pour, et cela nous paraît entièrement approprié. Cela étant dit, il faut bien prendre le monde tel qu'il est et laisser un degré d'immunité diplomatique pour les dirigeants en exercice des pays. Sinon, comment pourrions-nous entamer des processus de négociations entre États? Comment pourrions-nous résoudre les conflits en cours? Le système ne pourrait plus fonctionner », *Le Monde*, 8-9.7.2001.

48. *La Cour pénale internationale, Le statut de Rome*, introduit et commenté par W. BOURDON et E. DVERGER, Essais, Seuil, 2000, p. 93.

49. BOUCHET-SAULNIER, *op. cit.*, note 46, p. 113.

50. P. TAVERNIER, *La justice pénale internationale, Les cahiers de la paix*, n° 8-2001, Presses universitaires de Nancy, p. 407.

51. Mme L. ARBOUR alors procureur des TPI, *Le Monde*, 16.6.1998.

grandes Puissances⁵². Comme le dit avec réalisme Mme Louise Arbour, Procureur des TPI : « La justice ne fonctionne que si elle repose sur une très large base consensuelle dans la société; ... C'est à ce consensus qu'il faut arriver dans l'arène internationale. »⁵³

D'où l'intérêt, en l'absence de consensus, de la compétence universelle des tribunaux nationaux pour relayer l'œuvre des juridictions internationales.

2. La compétence universelle

Il s'agit d'un principe qui permet à tout État de poursuivre pénalement certains crimes, conventionnellement définis, sans considération du lieu où les infractions ont été commises. « Ce système, qui tend à se développer, exprime la solidarité des États dans la lutte contre la délinquance internationale (piraterie aérienne ou maritime, terrorisme, torture...) »⁵⁴. Ce principe n'est donc pas nouveau et il est fermement établi.

La nouveauté se trouve dans l'usage qu'on cherche à en faire pour atteindre les hommes politiques criminels épargnés par leurs juges nationaux. C'est ainsi que le comité judiciaire de la Chambre des Lords s'en est servi dans l'affaire *Pinochet*, y trouvant argument pour rejeter l'immunité de l'ancien chef d'État. Il a invoqué pour cela la gravité des crimes, reliés à la notion de *jus cogens* et intéressant l'humanité tout entière, et la volonté des auteurs de la convention relative à la torture que les criminels visés ne trouvent nulle part refuge, par la mise en œuvre de la règle *aut dedere, aut judicare*.

La compétence universelle constitue assurément sur le plan théorique un développement important. Elle traduit concrètement l'exigence de solidarité des États pour la préservation des intérêts fondamentaux de l'humanité. Chaque État

52. M. CHEMILLIER-GENDREAU en tire la conclusion que « Cette instance ne sera donc pas le contrepoids attendu aux pouvoirs de l'organe qui prétend régenter le monde entier », *Universalité des droits humains, Le Monde diplomatique*, 12/1998.

53. *Le Monde*, 16.6.1998.

54. A. HUET et R. KOERING-JOULIN, *Droit pénal international*, PUF, Thémis, 2^e édit. 2001, p. 174; voir la liste des conventions internationales prévoyant le principe de compétence universelle, *op.cit.*, note 15, pp. 217-218.

est porteur de ces intérêts qui lui donnent un titre à agir au nom de l'humanité, mais éventuellement aussi des obligations. Sur le plan pratique, cette compétence présente également de grands avantages. Mme Monique Chemillier-Gendreau observe par exemple que « la compétence universelle est le seul moyen de régler la gestion du temps et d'éviter que les tribunaux n'aient à juger que de grands vieillards, des décennies après le déroulement des faits, alors que les arguments de compassion pèsent de tout leur poids »⁵⁵. Elle y voit un argument en faveur d'une large reconnaissance et d'une effective mise en œuvre de cette compétence. Elle admet pourtant que la pratique est hétérogène et son régime mal assuré, et par conséquent que son exercice pose de nombreuses questions et d'abord celle de son fondement juridique. Peut-on admettre un fondement coutumier venant s'ajouter aux bases conventionnelles en vigueur? Ouvrirait-il une possibilité ou une obligation d'agir aux tribunaux nationaux? Cette compétence serait-elle soumise à conditions, telle que la présence de la victime sur le sol?

Ces questions et d'autres expliquent les réticences partagées par de nombreux juristes spécialistes du droit international, soucieux de préserver la cohérence du système juridique international. La compétence universelle risque en effet de conduire à des conflits de juridiction. Elle ouvre la voie à une multiplication des plaintes militantes, mal fondées, irréalistes, pouvant troubler le bon déroulement des relations internationales et discréditer la lutte contre l'impunité⁵⁶. Elle peut se prêter à un usage politique comme l'a montré la condamnation à vingt ans de prison des dirigeants des Puissances de l'OTAN par un tribunal serbe. Elle peut aussi développer des effets pervers : « des condamnations de complaisance peuvent être prononcées, destinées à faire échapper le coupable à des poursuites à l'étranger qui pourraient aboutir à des sanctions plus lourdes. L'application de la règle *non bis in idem* jouerait en sa faveur, à moins que ne se généralise l'interprétation selon laquelle en matière de

55. « Universalité des droits humains », *Le Monde diplomatique*, 12/1998.

56. « Les ONG ont une obligation de sérieux; il ne faut pas qu'elles deviennent aux yeux des victimes des marchands d'illusions », observe W. BOURDON, Secrétaire général de la FIDH. *Le Monde*, 26-28.9.1999.

droits de l'homme, la règle ne s'applique qu'aux procédures à l'intérieur d'un seul État »⁵⁷.

Plus fondamentalement, c'est la compétence même des juges nationaux que contestent certains juristes, dans la mesure où elle engendre une « insécurité juridique liée au hasard du lieu de l'arrestation et aux difficultés pratiques de sa mise en œuvre... »⁵⁸. M. Joe Verhoeven estime par exemple que « si la communauté internationale est appelée à remplir une fonction de répression pénale, c'est parce qu'une société nationale n'est pas ou plus en mesure de l'exercer adéquatement; ce serait abuser d'elle que de laisser l'un ou l'autre État étranger l'exercer en son nom »⁵⁹. De nombreuses raisons peuvent en effet conduire à tenir pour peu crédible « n'importe quel juge national au seul motif que son droit le déclare compétent ». Et le professeur de l'Université catholique de Louvain se livre à une véritable charge contre la loi du 10 février 1999 organisant en Belgique la répression des crimes internationaux et accordant au juge pour ce faire compétence universelle. On sait que cette loi reçoit une application effective et qu'elle fait l'objet de vives controverses⁶⁰. Si

57. J-Y DE CARA, *op. cit.*, note 3, p. 99.

58. *Ibid.*

59. J. VERHOEVEN : « Vers un ordre répressif universel, quelques observations », (1999) *AFDI*, p. 64. Les citations suivantes de M. VERHOEVEN sont tirées de la même source, p. 63.

60. Des participants au génocide du Rwanda ont été jugés sur cette base; voir P. MAY, *Quatre Rwandais aux assises belges — La compétence universelle à l'épreuve*, L'Harmattan, 2001. À ce jour une trentaine de plaintes ont été déposées, notamment celle contre le premier ministre israélien, Ariel Sharon, l'accusant de crime de guerre et génocide pour sa responsabilité dans les massacres des camps de réfugiés de Sabra et Shatila, à Beyrouth, en 1982, alors qu'il était ministre de la Défense. Les vives réactions des autorités israéliennes, mettant en garde les dirigeants belges contre une détérioration des relations entre les deux pays, illustrent la dimension politique de la compétence universelle.

La CIJ a été saisie de la licéité de cette loi au regard du droit international; affaire du mandat d'arrêt, Belgique c. Congo, ord. du 8.12.2000 (mesures conservatoires), (2001) 1 *RGDIP*, pp. 209-217. « En l'occurrence le mandat d'arrêt international contesté devant la Cour visait le ministre des Affaires étrangères du Congo/Kinshasa pour des propos pouvant constituer une incitation aux crimes de guerre et aux crimes contre l'humanité. En donnant raison au Congo, la haute juridiction mondiale priverait les victimes tutsis de la seule perspective réaliste d'obtenir justice », Ph. WECKEL, « La juridictionnalisation du droit international ou la révolution en trompe-l'œil », *Civitas Europa*, n° 6, mars 2001, p. 284. N.B. : Dans un arrêt du 14 février 2002 la Cour de La Haye a effectivement désavoué la justice belge en confirmant l'immunité de juridiction des personnages officiels d'État.

ce genre d'initiative se multipliait, la compétence universelle conduirait selon l'auteur à « un monstrueux désordre ». Dans ce contexte, on risquerait d'assister à une instrumentalisation sélective de la compétence universelle : « elle pourrait bien ne servir que ceux d'États occidentaux enclins à maintenir dans une dépendance, néo-colonialiste aurait-on dit il y a plusieurs années, des sociétés auxquelles ils imposent leur conception de la démocratie ».

Cette position, plus sensible au risque du dérèglement du système international qu'à celui de l'impunité et aux conséquences de celle-ci, peut ne pas être partagée⁶¹. S'agissant plus précisément du chef d'État, elle ne manque pourtant pas de fondement. On peut se demander, en effet, en quoi la compétence universelle autorise un juge étranger à porter atteinte à son immunité. En dehors des rares dispositions conventionnelles existantes, cet effet ne pourrait être donné que par une norme coutumière clairement établie. Certains considèrent que ce résultat est déjà atteint par le processus coutumier en cours⁶². On sait cependant que la Cour de Cassation française est venue contredire ce point de vue. Mettant fin aux poursuites visant la responsabilité du colonel Kadhafi dans l'attentat contre le DC-10 d'UTA, la Haute juridiction a rappelé que « la coutume internationale s'oppose à ce que les chefs d'État en exercice puissent, en l'absence de dispositions internationales contraires s'imposant aux parties concernées, faire l'objet de poursuites devant les juridictions pénales d'un État étranger »⁶³. Cet arrêt a le mérite de mettre le doigt sur l'enjeu

61. Cf. J. VERHOEVEN : « Même s'il doit en résulter une impunité difficilement acceptable, il paraît bien qu'il faille privilégier la crédibilité du juge, qui est indispensable pour satisfaire tout à la fois les exigences de la justice et les besoins d'"ordre" de la communauté des États », *op. cit.*, note 59, p. 63.

62. Cf. G. DOUCET : « La réalité d'une coutume internationale semble donc incontestable. Elle tire son origine dans l'émergence d'un consensus universel mû par l'opinion publique internationale postulant que l'individu dispose d'un certain nombre de droits dont la violation doit être pénalement réprimée », *La responsabilité pénale des dirigeants en exercice*, site web Actualité et droit international, *ridi.org*. Divers indices peuvent effectivement être invoqués en ce sens, notamment le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité adopté par la Commission du droit international en 1991, en ce qu'il contient un article 11 disposant que « la qualité officielle de l'auteur d'un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité, et notamment le fait qu'il ait agi en qualité de chef d'État ou de gouvernement, ne l'exonère pas de sa responsabilité pénale ».

63. Cass. Crim., arrêt n° 1414 du 13.3.2001, (2001) *RGDIP*, p.474.

fondamental de l'immunité singularisant le chef d'État parmi tous les criminels éventuels. Liée à la souveraineté, cette immunité est un aspect de l'égalité en droit des États. Dans ces conditions, s'il est vraisemblable que le mouvement en cours hostile au maintien de l'immunité ne sera pas réduit, on peut penser que ses effets seront limités.

B. DES EFFETS LIMITÉS

Dans un ordre international inchangé pour l'essentiel, l'émergence de la justice pénale internationale participe du mouvement d'ensemble de juridictionnalisation du droit international et on peut la qualifier à ce titre de « révolution en trompe-l'œil »⁶⁴. Mais, si elle ne constitue pas une révolution, on peut penser pour autant qu'elle apporte des progrès certains.

1. « Une révolution en trompe-l'œil »

Le jugement paraîtrait sévère s'il n'était que de l'ordre de la constatation, pour la simple raison que l'émergence de la justice pénale internationale « ne modifie pas la structure du pouvoir au sein de la société internationale »⁶⁵. Pièce nouvelle dans l'ordre international, elle n'en traduit pas un bouleversement : elle constitue une nouvelle modalité de son fonctionnement, apparue nécessaire aux principales Puissances ou tolérée par elles.

Les implications de ceci apparaissent dès l'origine, dans la création des deux TPI par la voie des pouvoirs du Conseil de sécurité au titre du chapitre VII. Comme on l'a fait remarquer, « le choix du Conseil de sécurité pour prendre une telle décision n'est pas dû simplement au hasard ou bien aux impératifs de l'urgence. Il met en valeur ce lien que l'on a voulu établir entre la répression de crimes particulièrement graves et odieux et le maintien ou le rétablissement de la paix. »⁶⁶.

64. Nous reprenons cette formule à M. Ph. WECKEL, « *La juridictionnalisation du droit international ou la révolution en trompe-l'œil* », *Civitas Europa*, n° 6, mars 2001, pp. 277-305.

65. *Id.*, p. 279.

66. P. TAVERNIER, « Vers une juridiction pénale internationale », *op. cit.*, note 50, p. 149.

Il en va de même des pouvoirs du Conseil de sécurité, agissant discrétionnairement au titre du chapitre VII, de saisir la Cour comme de bloquer la procédure devant elle, ainsi qu'on l'a déjà vu.

La recherche de la paix et de la sécurité mondiale, telle qu'elle est effectuée par le Conseil de sécurité dans sa composition aristocratique, reste donc la première valeur de la société internationale. Mais elle intègre une exigence nouvelle, celle des opinions publiques que révolte l'impunité des auteurs de crimes odieux, et celle des organisations non gouvernementales pour qui « il faut accepter que la dimension judiciaire soit vraiment intégrée à la solution des conflits »⁶⁷.

Le fait que les États accèdent à cette demande témoigne sans doute de l'universalité du besoin de justice, mais plus directement et réalistement des effets d'une mondialisation effective, d'une interpénétration croissante des intérêts et des problèmes. Quand l'impunité apporte un trouble dans la communauté internationale de par la gravité et l'ampleur des crimes commis, il importe que ceux-ci soient effectivement réprimés, sinon c'est toute la légitimité du système étatique et inter-étatique qui se trouve affectée. Le développement contemporain des juridictions internationales, pénales et autres, « répond donc à un objectif limité d'amélioration du fonctionnement du système international »⁶⁸. Certes, « il n'y a pas d'un côté les États vertueux et de l'autre les États criminels »⁶⁹; les reclassements inattendus qui ont suivi les attaques subies par les États-Unis, le 11 septembre 2001, montrent bien le caractère relatif de cette distinction. Mais l'ordre international devient désordre à force d'héberger sans réagir des gouvernants trop cruels, trop corrompus, trop irresponsables. Le développement de la justice pénale internationale peut donc être rangé dans une entreprise plus vaste qui « vise essentiellement à promouvoir de nouveaux modes de régulation, conceptualisés sous le terme très médiatique de gouvernance internationale, et caractérisés par une asso-

67. BOUCHER-SAULNIER, « Juriste à Médecins sans frontières », *Le Monde*, 26-28.9.1999.

68. Ph. WECKEL, *op. cit.*, note 64, p. 280.

69. M. CHEMILLIER-GENDREAU, « Universalité des droits humains », *Le Monde diplomatique*, 12/1998

ciation de plus en plus étroite des acteurs étatiques et non étatiques aux processus internationaux d'élaboration des politiques et de prise de décision »⁷⁰.

Cette entreprise ne concerne donc pas les grandes Puissances et certainement pas la plus grande d'entre elles, les États-Unis d'Amérique. Ceux-ci ont toujours fait savoir leur refus que leurs ressortissants puissent un jour comparaître devant la future cour pénale internationale. Et s'ils ont signé *in extremis* le texte de la convention, à la date butoir du 31 décembre 2000, en compagnie d'Israël et de l'Iran, c'est uniquement pour pouvoir influencer les négociations subséquentes⁷¹. Cette position a été confirmée par la nouvelle administration de M. Bush⁷².

Au total, on suivra M. Hubert Védrine, ministre des Affaires étrangères, pour « ne pas tomber dans l'illusion qu'on va "judiciariser" la vie internationale, ni régler les problèmes qui se posent en substituant l'action de la justice, surtout rétrospective, à l'action politique et diplomatique qui est confrontée tous les jours à des dizaines de problèmes dans le monde »⁷³. Mais on verra quand même dans les développements en cours les marques d'un progrès certain.

2. Un progrès certain

La fin de la culture de l'impunité au profit des dirigeants criminels, qu'apporte le développement de la justice pénale internationale, constitue indiscutablement un progrès, même

70. G. CAHIN, « Les Nations Unies, la gouvernance et la restructuration de la société internationale », *Civitas Europa*, n° 6, mars 2001, p. 308.

71. Cf. la déclaration du Président Clinton, prenant cette décision juste à la fin de son mandat : « En signant nous serons en position d'influer sur l'évolution de la Cour. Sans signature, nous ne le serions pas ». *Le Monde*, 2.1.2001. N.B. : Cette position est contraire au principe de bonne foi qui doit régir la signature d'un traité. Après l'entrée en vigueur du traité, les États-Unis ont même retiré leur signature. « Palitha Kahona, the Chief of the Treaty Section for the United Nations, said it was unheard of for a nation that signed a Treaty to withdraw that signature » *The New York Times*, 12.13.5.2002.

72. Déclaration du Gl Colin Powell : « Comme vous le savez, l'administration Bush n'est pas favorable à la Cour Pénale Internationale. Le Président Clinton a signé le traité mais nous n'avons pas l'intention de le faire ratifier par le sénat ». *Le Monde*, 16.2.2001. N.B. : Depuis l'entrée en vigueur du traité les États-Unis se livrent à une entreprise de sabotage de la C.P.I. Cf. *Le Monde*, 2.7.2002.

73. *Le Monde*, 12.10.1999.

si l'atteinte au dualisme juridique qu'elle implique soulève des discussions.

Le progrès que constitue la fin de l'impunité peut être apprécié de divers points de vue; et d'abord d'un point de vue moral. Il y avait trop grand scandale à voir des dictateurs, qui avaient martyrisé leur peuple ou une fraction de celui-ci et souvent pillé les finances de l'État, couler une retraite dorée dans un pays d'accueil. Leur chute pouvait être l'occasion de procès contre les exécutants mais le premier responsable échappait à la punition de ses crimes. L'ampleur de ceux-ci a rendu l'impunité intolérable. Dorénavant, connivence ou faiblesse coupables et réalisme à court terme peuvent être battus en brèche par le droit des victimes à trouver un juge, y compris sur le plan international. « *Ce droit au juge* constitue un élément fondamental qui explique le développement des procédures internationales de protection des droits de l'homme. L'édifice de l'État de droit n'est pas complet s'il ne comporte pas un *droit au juge international*. »⁷⁴

L'échec du droit que représente l'impunité, c'est d'abord l'échec des États qui ont failli à leur engagement pris dans diverses conventions de droit humanitaire de poursuivre et punir les auteurs des crimes les plus graves. Ce non-respect a fini par « créer un environnement sûr pour les architectes de politiques inhumaines »⁷⁵. On voit par là que le progrès moral est également politique. La justice pénale internationale donne au système inter-étatique un renfort de légitimité dont il a assurément besoin⁷⁶. Sans doute l'impunité ne sera jamais totalement assurée, puisque la politique internationale gardera la main sur la justice internationale, mais un pas qualitatif a été franchi, engendrant l'insécurité pour les criminels. Et cette insécurité de principe peut avoir un effet dissuasif sur les dirigeants tentés de recourir à des méthodes criminelles. En tout cas, « la justice pourrait également conti-

74. Ph. WECKEL, *op. cit.*, note 64, p. 284.

75. M. GRIFFIN, « Ending the impunity of perpetrators of human rights atrocities: a major challenge for international law », *Revue Internationale de la Croix Rouge*, juin 2000, vol. 82, n° 838, p. 369.

76. Cf. M. BENNOUNA : « Le respect de certaines valeurs éthiques et de civilisation devient le critère essentiel de crédibilité du discours triomphant sur la démocratie et les droits de l'homme », *La Cour Pénale Internationale*, Droit international pénal, *op. cit.*, note 43, p. 735.

nuer à briser le cercle vicieux de l'impunité qui alimente nombre de tragédies contemporaines »⁷⁷.

Cette lutte contre l'impunité, dans la mesure où elle implique la levée de l'immunité du chef d'État, tend à abattre la valeur symbolique qui était attachée par principe au chef d'État dans les relations internationales. Elle le ramène au niveau du commun des mortels, en revenant sur une exception accordée par le droit international⁷⁸. Elle correspond à un mouvement plus ample de désacralisation du pouvoir. On ne le regrettera pas dans la mesure où une porte est ainsi ouverte aux aspirations à plus de démocratie dans l'État et à plus de transparence dans les relations entre les États.

Au total, on dira avec le TPI pour l'ex-Yougoslavie que ces évolutions soulignent que « le principe éminent du respect de la dignité humaine est à la base du droit international humanitaire et des droits de l'homme et en est, en fait, la raison d'être; il est désormais si important qu'il imprègne le droit international dans son ensemble »⁷⁹.

Il reste alors à souligner que ces développements du droit pénal international ont d'importantes conséquences théoriques sur l'ordre juridique international, en ce qu'elles remettent en cause la dualité des ordres juridiques. La distinction entre le droit international et le droit interne repose sur la souveraineté de l'État. Elle exprime la spécificité du droit international comme droit régissant les rapports entre États. Cette distinction a cédé devant la garantie internationale des droits de l'homme, qui porte atteinte à la souveraineté de l'État en même temps qu'elle transforme le droit international. Pourtant elle ne doit pas être oubliée, y compris par le juge international quand il veille au respect des obligations des États en matière de droits de l'homme. Il reste un juge des engagements internationaux de l'État, même si un certain volontarisme bien intentionné le conduit parfois dans ce domaine à des décisions discutables⁸⁰.

77. A. DESTEXHE, *De Nuremberg à La Haye et Arusha*, Bruylant, 1997, p. 16.

78. Observation faite par M. L. CONDORELLI, au cours du colloque de la SFDI sur le chef d'État, précédemment cité.

79. TPIY, arrêt du 10.12.1998, Furundzija, § 183.

80. Cf. C. SANTULLI, « Une administration internationale de la justice? À propos des affaires *Breard* et *Lagrand* », (1999) *AFDI*, pp. 101-131.

L'émergence de l'individu comme sujet pénal international élargit la brèche; elle constitue assurément une nouvelle « atteinte significative à la structure inter-étatique du droit international »⁸¹. Il n'y a pas lieu de le déplorer si elle s'accompagne d'articulations entre les deux ordres juridiques, préservant leur cohérence et assurant leur efficacité. À cette condition, on peut y voir un signe de la transformation de la société internationale en communauté internationale.

CONCLUSION

De l'ensemble des considérations à prendre en compte dans la question de la responsabilité pénale internationale du chef d'État on tirera une opinion balancée. Autant la lutte contre l'impunité est une nécessité morale et conduit à un progrès du droit et de la civilisation, autant sa conduite doit être raisonnée, si on veut qu'elle ne soit finalement contre-productive et source de nouveaux désordres. Si on se place du point de vue de l'auteur des infractions, l'immunité juridictionnelle du chef d'État constitue une exception que l'énormité des crimes commis et l'évolution des mentalités exigent de supprimer. Cependant, si on se place du point de vue des États, l'immunité est encore la règle selon le droit international, et c'est bien sa suppression qui est une exception. Dès lors, la généralisation de la compétence universelle et son extension aux chefs d'État ne saurait être présumée. Certes, et contrairement à ce que semble impliquer l'arrêt précité de la Cour de Cassation dans l'affaire *Khadafi*, il n'y a pas de raison de penser qu'une telle évolution ne puisse se faire par l'effet d'un processus coutumier, mais celui-ci doit être considéré comme étant en cours et « il convient d'être prudent dans l'affirmation d'une nouvelle coutume »⁸².

Les réserves qu'on peut donc avoir sur la compétence universelle font voir en revanche l'importance qu'il y a à mettre en place le plus tôt possible la Cour pénale internatio-

81. N. QUOC-DINH, P. DAILLIER, A. PELLET, *Droit international public*, LGDJ, 6^e éd., 1999, p. 670.

82. P.-M. DUPUY, « Crimes et immunités, ou dans quelle mesure la nature des premiers empêche l'exercice des secondes », (1999) *RGDIP*, tome 103, p. 293.

nale et aussi à perfectionner son statut⁸³. Le progrès consistera à chercher à garantir l'universalité de son action. Certes il ne s'agira pas de faire crouler la future cour sous la charge; elle ne devra jamais juger que les plus grands crimes et les plus hauts criminels et l'article 1 de la convention de Rome dit bien, et au fond fort sagement, que la Cour sera « complémentaire des juridictions pénales nationales ». Mais son existence sera une puissante incitation pour que ces juridictions jouent effectivement leur rôle.

Alain Fenet
Faculté de droit
Université d'Ottawa
57, Louis Pasteur
OTTAWA (Ontario) K1N 6N5
Tél. : (33 2) 401 41551
Télec. : (33 2) 401 41500
Courriel : alain.fenet@droit.univ-nantes

83. Pour une critique sévère de la juridiction pénale internationale, voir le rapport récemment présenté par S. SUR lors du colloque sur l'internationalisation du droit pénal, tenu à la Faculté de droit de l'Université de Genève, les 16 et 17 mars 2001, *Le droit international pénal entre l'État et la société internationale*, diffusé sur le site *Actualité et droit international*, ridi.org.