

LES CRIMES DE *JUS COGENS*, LE REFUS DE L'IMMUNITÉ DES HAUTS REPRÉSENTANTS DES ÉTATS ÉTRANGERS ET L'EXERCICE DE LA COMPÉTENCE UNIVERSELLE

Danial Rezai Shaghaji

Volume 28, Number 2, 2015

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1067719ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1067719ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Société québécoise de droit international

ISSN

0828-9999 (print)

2561-6994 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Rezai Shaghaji, D. (2015). LES CRIMES DE *JUS COGENS*, LE REFUS DE L'IMMUNITÉ DES HAUTS REPRÉSENTANTS DES ÉTATS ÉTRANGERS ET L'EXERCICE DE LA COMPÉTENCE UNIVERSELLE. *Revue québécoise de droit international / Quebec Journal of International Law / Revista quebequense de derecho internacional*, 28(2), 143–171. <https://doi.org/10.7202/1067719ar>

Article abstract

States members of the international community can exercise universal jurisdiction over serious crimes under international law. However, we can imagine that a State cannot exercise universal jurisdiction if it violates immunities enjoyed by senior State officials. It seems to us that the principle of immunity of senior State officials cannot prevent a national court to prosecute the suspect who committed serious crimes under international law. *Jus cogens* crimes cannot be considered as acts *jure imperii*. To this end, *jus cogens* crimes such as crimes against humanity and war crimes, cannot be considered as the functions of a head of State or a head of government. It seems that a conflict between the superior peremptory norms and the ordinary rules of immunity would result in the prevailing of the former over the latter. In cases of *jus cogens* crimes, States are not bound by the ordinary rules of immunity of senior State officials. In this context, the immunity of senior State officials in office cannot prevent the Forum State to exercise universal jurisdiction in order to protect the general interests of the international community as a whole.

LES CRIMES DE *JUS COGENS*, LE REFUS DE L'IMMUNITÉ DES HAUTS REPRÉSENTANTS DES ÉTATS ÉTRANGERS ET L'EXERCICE DE LA COMPÉTENCE UNIVERSELLE

*Danial Rezai Shaghaji**

Les États membres de la communauté internationale peuvent exercer la compétence universelle à l'encontre des crimes graves de droit international. Cependant, on peut imaginer le cas où un État ne pourrait pas exercer la compétence universelle à cause de l'immunité des hauts représentants d'État. Il nous semble que le principe de l'immunité des hauts représentants d'État ne peut pas empêcher une juridiction interne de poursuivre le suspect ayant commis les crimes graves de droit international. Les crimes de *jus cogens* ne peuvent pas être considérés comme actes *jure imperii*. À cet effet, les crimes de *jus cogens* comme les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre ne peuvent pas être considérés comme les fonctions d'un chef d'État ou d'un chef de gouvernement. Il nous paraît qu'il existe une hiérarchie entre les normes ordinaires, celles de l'immunité de l'État, et les normes de rangs supérieurs, celles de *jus cogens*. Les règles ordinaires concernant l'immunité de juridiction des hauts représentants d'État doivent être écartées dans le cas de crimes de *jus cogens*. Dans ce contexte, l'immunité des hauts représentants d'État en exercice ne peut pas empêcher l'État du for d'exercer la compétence universelle afin de protéger les intérêts généraux de la communauté internationale dans son ensemble.

States members of the international community can exercise universal jurisdiction over serious crimes under international law. However, we can imagine that a State cannot exercise universal jurisdiction if it violates immunities enjoyed by senior State officials. It seems to us that the principle of immunity of senior State officials cannot prevent a national court to prosecute the suspect who committed serious crimes under international law. *Jus cogens* crimes cannot be considered as acts *jure imperii*. To this end, *jus cogens* crimes such as crimes against humanity and war crimes, cannot be considered as the functions of a head of State or a head of government. It seems that a conflict between the superior peremptory norms and the ordinary rules of immunity would result in the prevailing of the former over the latter. In cases of *jus cogens* crimes, States are not bound by the ordinary rules of immunity of senior State officials. In this context, the immunity of senior State officials in office cannot prevent the Forum State to exercise universal jurisdiction in order to protect the general interests of the international community as a whole.

Los Estados miembros de la comunidad internacional pueden ejercer la competencia universal en contra de los crímenes graves de derecho internacional. Sin embargo, podemos imaginar el caso donde un Estado no podría ejercer la competencia universal a causa de la inmunidad de los altos representantes de Estado. Nos parece que el principio de la inmunidad de los altos representantes de Estado no puede impedir a una jurisdicción interna perseguir al sospechoso que ha cometido los crímenes graves de derecho internacional. Los crímenes de *jus cogens* no pueden estar considerada como actos *jure imperii*. Con este fin, los crímenes de *jus cogens* como los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra, no pueden estar considerados como las funciones de un jefe de Estado o de un jefe de Gobierno. Nos parece que existe una jerarquía entre las normas ordinarias, las de la inmunidad del Estado, y las normas de rangos superiores, las de *jus cogens*. Las reglas ordinarias que conciernen a la inmunidad de jurisdicción de los altos representantes de Estado, deben ser separadas en el caso de crímenes de *jus cogens*. En este contexto, la inmunidad de los altos representantes de Estado en ejercicio no puede impedir al Estado del fuero ejercer la competencia universal con el fin de proteger los intereses generales de la comunidad internacional en su conjunto.

* Docteur en droit public, chercheur postdoctoral à Goethe-Universität Frankfurt am Main. Cet article est dédié à Khayam, Hakime, Khashayar et Mahshid.

Dans le cadre de l'exercice de la compétence universelle à l'encontre des crimes graves de droit international, l'existence de l'immunité des hauts représentants des États étrangers pourrait être considérée comme un obstacle pour déclencher la poursuite pénale à l'encontre d'un chef d'État, d'un chef du gouvernement ou d'un ministre des affaires étrangères qui auraient commis les crimes de *jus cogens*. Bien qu'il existe des incertitudes sur la cristallisation d'une règle d'origine coutumière, l'immunité des personnes susmentionnées dans les cas où ces derniers se trouvent à l'extérieur de leur territoire national, est souvent évoquée d'après le droit international coutumier. Au-delà de la *Convention des Nations Unies sur l'immunité juridictionnelle des États et de leurs biens*¹ de 2004, qui n'affecte les privilèges et immunités que le droit international reconnaît *ratione personae* aux chefs d'État, l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État est depuis des années sujette à des travaux de la Commission du droit international². Il faut souligner que dans cet article au-delà des travaux de cette Commission, on va aborder une nouvelle doctrine sur la question de l'immunité des hauts représentants des États étrangers ayant commis des crimes de *jus cogens*. À cet effet, on aborde l'émergence des normes impératives des droits humains et leurs effets sur la règle de l'immunité. En effet, l'apparition de normes impératives de droit international général crée une base juridique pour agir à l'encontre des violations de règles relevant du *jus cogens*. À ce sujet, l'impérativité de l'interdiction de certains crimes graves oblige les États à poursuivre ceux suspects d'avoir commis les crimes en question. Dans ce contexte, l'émergence des obligations *erga omnes* de protection découlant des normes impératives des droits humains remet en cause l'idée selon laquelle les États ne sont pas touchés et lésés par les crimes de *jus cogens* survenus à l'extérieur de leur territoire national. On peut estimer que l'obligation des États de poursuivre les crimes de *jus cogens* tels que le génocide, les crimes de guerre, les crimes contre l'humanité, la torture, la discrimination raciale et l'esclavage est bien confirmée en droit international en vigueur. La répression des crimes de *jus cogens* doit être accompagnée par l'établissement d'une compétence universelle en juridiction interne. En effet, les crimes de *jus cogens* constituent une atteinte à l'encontre de la communauté internationale dans son entièreté ; et la totalité des États a intérêt à ce que les crimes susmentionnés soient poursuivis. Dans ce cadre, les États, en exerçant la compétence universelle, agissent de la part de la communauté internationale dans son ensemble. De ce fait, l'exercice de la compétence universelle à l'encontre des crimes de *jus cogens* devrait être considéré comme une obligation *erga omnes*. Dans le cadre de l'exercice de la compétence universelle à l'encontre des crimes de *jus cogens*, l'existence de l'immunité de juridiction pourrait être considérée comme un obstacle pour déclencher la poursuite pénale à l'encontre de l'étranger soupçonné d'avoir commis les crimes de *jus cogens*. L'acceptation de l'immunité signifie que certaines personnes, même si elles ont perpétré des crimes de *jus cogens*, bénéficient d'une immunité contre des poursuites devant les juridictions étrangères. À cet égard,

¹ *Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens*, 2 décembre 2004 (non encore en vigueur), en ligne : Nations Unies : Collection des Traités <https://treaties.un.org/doc/source/RecentTexts/French_3_13.pdf>.

² Voir Commission du droit international, en ligne : <<http://legal.un.org/ilc/>>.

on pourrait imaginer qu'un chef d'État étant derrière des actes génocidaires continue de bénéficier des privilèges de l'immunité pendant et même après son mandat. Considérant l'existence d'une hiérarchie entre les normes impératives et les normes ordinaires, on pourrait estimer la primauté des normes impératives des droits humains sur les règles ordinaires de l'immunité de juridiction de l'État. Dans ce cadre, on peut estimer que, afin d'exercer la compétence universelle à l'encontre des hauts représentants d'État ayant commis des crimes de *jus cogens*, l'on pourrait écarter l'immunité de juridiction de l'État.

I. L'émergence d'une hiérarchie entre les normes de droit international et l'impérativité de l'interdiction des crimes graves du droit international

A. L'émergence du *jus cogens* en droit international contemporain

L'idée de l'existence de droit impératif prend son origine du concept du *jus strictum* allant à l'encontre du concept du *jus dispositivum*³. Le concept du *jus cogens* en droit international moderne remet en cause le paradigme traditionnel de droit international classique basé sur le *jus voluntarium*. À cet égard, il y a une convergence entre *jus cogens* et *jus naturale necessarium*. La notion du *jus cogens* contredit le principe du droit international classique selon lequel les règles de l'ordre juridique international ne sont pas contraignantes si les États n'ont pas donné leur consentement⁴. L'émergence du *jus cogens* en droit international contemporain évoque l'existence d'une hiérarchie entre des normes où les règles impératives se situent au sommet⁵. En effet, le *jus cogens* démontre une hiérarchie matérielle entre les normes à raison de l'importance de leur contenu⁶. Dans sa version positiviste, le *jus cogens* est fondé sur son acceptation par la communauté internationale, et sur le fait que la règle péremptoire peut être modifiée par une règle juridique du même caractère. À cet égard, selon l'article 53 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités*:

Est nul tout traité qui, au moment de sa conclusion, est en conflit avec une norme impérative du droit international général. Aux fins de la présente Convention, une norme impérative du droit international général est une norme acceptée et reconnue par la communauté internationale des États

³ Theodore Meron, « On a Hierarchy of International Human Rights » (1986) 80:1 AJIL 1 à la p 14.

⁴ Michael J Glennon, « De l'absurdité du droit impératif (*Jus cogens*) » (2006) 110:3 RGDI 529 à la p 529.

⁵ Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law, Doc off AG NU A/CN, 4/L.682, (2006) 1 au para 365, Voir aussi en ligne: AG NU <http://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_l682.pdf>; Voir aussi Elena Katselli Proukaki, *The Problem of Enforcement in International Law: Countermeasures, the Non-Injured State and the Idea of International Community*, Routledge Research in International Law, 2010 à la p 20 [Katselli Proukaki].

⁶ Robert Kolb, « Théorie du *jus cogens* international » (2003) 1 Rev BDI 5 à la p 22.

dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère.⁷

Aussi, d'après l'article 64 de ladite Convention : « Si une nouvelle norme impérative du droit international général survient, tout traité existant qui est en conflit avec cette norme devient nul et prend fin⁸ ». L'acceptation d'une règle impérative par la communauté internationale indique que la norme est si fondamentale et importante, qu'elle peut contraindre les États, même s'ils n'ont pas consenti aux règles péremptoires⁹. Les règles du *jus cogens* ont bien été acceptées dans la jurisprudence internationale. À cet égard, la jurisprudence de la Cour internationale de justice à l'égard des règles du *jus cogens* connaît une évolution d'une prudence extrême vers une acceptation explicite. Pendant longtemps, la Cour internationale de justice a usé de périphrases ou de notions voisines plutôt qu'une expression *expressis verbis* afin de reconnaître les normes fondamentales de la communauté internationale dans son ensemble¹⁰. Dans ce contexte, la Cour internationale de justice dans son arrêt du 3 février 2006, dans l'*Affaire des activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête : 2002)*, pour la première fois admet explicitement l'existence des règles du *jus cogens* et affirme l'interdiction du génocide comme une norme impérative¹¹. L'acceptation explicite des règles du *jus cogens* dans le cadre de la jurisprudence de la Cour internationale de justice est également cristallisée dans l'*Affaire concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader* en 2012. Dans cette affaire, la Cour internationale de justice, confirme que « l'interdiction de la torture relève du droit international coutumier et elle a acquis le caractère de norme impérative (*jus cogens*)¹² ». Au-delà de la jurisprudence de la Cour internationale de justice, les normes impératives ont aussi été affirmées dans la jurisprudence des tribunaux pénaux internationaux et des cours régionales des droits de l'homme¹³.

⁷ *Convention de Vienne sur le droit des traités*, 23 mai 1969, 1980 RTNU 1155, (entrée en vigueur : 27 janvier 1980), art 53 [*Convention de Vienne*].

⁸ *Ibid*, art 64.

⁹ Katselli Proukaki, *supra* note 5 à la p 24 ; Voir aussi Alexander Orakhelashvili, *Peremptory Norms in International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2006 à la p 107.

¹⁰ Catherine Maia, « Le *jus cogens* dans la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme » dans Ludovic Hennebel et Hélène Tigroudja, dir, *Le particularisme interaméricain des droits de l'homme*, Paris, Éditions A Pedone, 2009 à la p 274.

¹¹ *Affaire des activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête : 2002) (République démocratique du Congo c Rwanda)*, [2006] CIJ rec 6 à la p 32 au para 64.

¹² *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c Sénégal)*, [2012] CIJ rec 422 au para 99 [*Poursuivre et extrader*].

¹³ Voir par ex *Le Procureur c Anto Furundzija*, IT-95-17/1-T, Jugement (10 décembre 1998) (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre de première instance) [*Furundzija*]; *Le Procureur c Clément Kayishema et Obed Ruzindana*, ICTR-95-1, Jugement (21 mai 1999) (Tribunal pénale internationale pour le Rwanda, Chambre de première instance); *Al-Adsani c Royaume-Uni* [GC], no35763/97, [2001] XI CEDH 1 [*Al-Adsani*] ; *Demir et Baykara c Turquie* [GC], no34503/97, [2008] V CEDH 1 ; *Caesar c Trinité et Tobago* (2005), Inter-Am Ct HR (Sér C) no123 [*Caesar c Trinité et Tobago*] ; *La Cantuta c Pérou* (2006), Inter-Am Ct HR (Sér C) no162.

B. L'impérativité de l'interdiction des crimes graves du droit international et la primauté des droits humains impératifs

Pour reconnaître les règles du *jus cogens*, il faudrait considérer la nature des intérêts protégés par les normes impératives. Toutes les normes de droit international ne possèdent pas un caractère impératif. Seulement certaines règles qui protègent les intérêts fondamentaux de la communauté internationale dans son ensemble peuvent être qualifiées comme des règles du *jus cogens*¹⁴. Dans ce contexte, la question est de savoir : « Est-ce qu'on peut considérer la totalité des règles relatives à la protection des droits de la personne humaine comme des règles du *jus cogens*? » On peut estimer qu'en *lege lata* certaines règles relatives à la protection des droits de la personne humaine peuvent être qualifiées comme les règles du *jus cogens*. À cet effet, selon le commentaire de l'article 26 du *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite*¹⁵ de la Commission du droit international en 2001, les normes impératives relatives à la protection des droits de l'homme comme le génocide, l'esclavage, la discrimination raciale, les crimes contre l'humanité, la torture, ainsi que le droit à l'autodétermination sont clairement acceptés et reconnus en *lege lata*¹⁶. Les crimes les plus graves comme le génocide, les crimes contre l'humanité, les crimes de guerre et la torture, comme il a été confirmé dans le *Statut de Rome de la Cour pénale internationale*¹⁷, touchent l'ensemble de la communauté internationale. Il convient de souligner que la liste d'exemples des règles du *jus cogens* en droits humains ne peut pas être exhaustive. Cependant, le caractère impératif de l'interdiction des crimes graves de droit international tels que le génocide, les infractions graves du droit international humanitaire, les crimes de guerre, les crimes contre l'humanité, l'esclavage, la torture, la discrimination raciale et l'apartheid sont bien acceptés en *lege lata*¹⁸.

On peut estimer que l'émergence des règles impératives des droits humains est le résultat du processus d'humanisation du droit international contemporain, et de la primauté du *jus necessarium* sur le *jus voluntarium* dans la protection efficace des droits humains, ainsi que la sauvegarde des intérêts primordiaux de la communauté internationale dans son ensemble¹⁹. L'origine des normes impératives des droits de l'homme et du droit humanitaire ne devrait pas être basée sur la volonté des États. Ces derniers ne peuvent pas éliminer, changer ou limiter les contenus des règles péremptoires relatives à la protection de l'être humain. Aussi, l'exigence de respecter les règles des droits humains ayant un caractère impératif n'est pas basé seulement sur

¹⁴ Katselli Proukaki, *supra* note 5 à la p 27.

¹⁵ *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite*, Rés AG 56/83, Doc off AG NU, 56^e sess supp no10, Doc NU A/56/10 (2001).

¹⁶ « Report of the International Law Commission to the General Assembly on the work of its fifty-sixth Session » (Doc NU A/56/10), dans *Yearbook of the International Law Commission 2001*, vol 2, partie 2, aux pp 223-24.

¹⁷ *Statut de Rome de la Cour pénale internationale*, 17 juillet 1998, 2187 RTNU 3 (entrée en vigueur : 1^{er} juillet 2002) [*Statut de Rome*].

¹⁸ Voir par ex Antônio Augusto Cançado Trindade, *International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium*, 2e éd, The Hague Academy of International Law Monograph, Martinus Nijhoff Publishers, 2010, à la p 278.

¹⁹ *Ibid* à la p 310.

le fait qu'il y ait un traité, ou une norme coutumière correspondante pour lesdites règles. Autrement dit, l'origine principale des règles impératives des droits de l'homme et du droit humanitaire est basée sur le fait qu'il y a une conscience juridique humaine et universelle de la communauté internationale afin de respecter lesdites règles. Certaines violations des droits humains, comme le génocide et la torture, sont assez graves pour qu'on n'ait pas besoin de chercher les pratiques des États pour accepter l'illégitimité de ces infractions²⁰. Les violations graves des droits humains, tel que le génocide, sont une atteinte à la conscience humaine. Les règles de *jus cogens* des droits humains démontrent l'existence d'une hiérarchie entre les normes où les règles impératives relatives à la protection des droits humains occupent le premier plan en droit international en vigueur. À cet égard, concernant l'interdiction impérative de la torture, le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY) dans l'affaire Furundzija souligne que :

En raison de l'importance des valeurs qu'il protège, ce principe est devenu une norme impérative ou *jus cogens*, c'est-à-dire une norme qui se situe dans la hiérarchie internationale à un rang plus élevé que le droit conventionnel et même que les règles du droit coutumier "ordinaire"²¹.

On peut estimer que dans une hiérarchie entre les normes, les règles impératives concernant la protection des droits humains sont supérieures à toutes les autres normes de droit international y compris le principe de l'immunité de juridiction²².

²⁰ Martti Koskeniemi, « The Pull of the Mainstream », recension de *Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law* de Theodor Meron (1990) 88:2 *Mic L Rev* 1946.

²¹ *Furundzija*, *supra* note 13 au para 153 ; Dans l'affaire *Caesar c Trinité et Tobago*, le juge Cançado Trindade souligne que: « *In our days, no one would dare to deny the objective illegality of acts of genocide, of systematic practices of torture, of summary and extra-legal executions, and of forced disappearance of persons, - practices which represent crimes against humanity, - condemned by the universal juridical conscience, parallel to the application of treaties. Already in its Advisory Opinion of 1951 on the Reservations to the Convention against Genocide, the International Court of Justice pointed out that the humanitarian principles underlying that Convention were recognizedly binding on States, even without any conventional obligation. [...] In sum and conclusion on the point under examination, the emergence and assertion of jus cogens evoke the notions of international public order and of a hierarchy of legal norms, as well as the prevalence of the jus necessarium over the jus voluntarium; jus cogens presents itself as the juridical expression of the very international community as a whole, which, at last, takes conscience of itself, and of the fundamental principles and values which guide it* ». *Caesar c Trinité et Tobago*, Opinion individuelle du juge Cançado Trindade, fond, réparations et dépens, (11 mars 2005), Inter-Am Ct HR (Sér C) au para 88.

²² Selon le juge Cançado Trindade: « *Otherwise States could perpetrate grave violations of human rights (such as massacres or subjection of persons to forced labour) and get away with that, by relying on State immunity, in a scenario of lawlessness. Quite on the contrary, States Parties are bound, by Articles 6 and 13 of the European Convention, to provide effective (domestic) remedies in a fair trial, with all the guarantees of the due process of law, in any circumstances. This is proper of the rule of law, referred to in the preamble of the European Convention. There is no room for the privilege of State immunity here; where there is no right of access to justice, there is no legal system at all. Observance of the right of access to justice is imperative, it is not "limited" by State immunity; we are here in the domain of jus cogens... This is not the first time that this happens; it has happened before, e.g., in the last decade, in the Court's Judgments in the cases of the Arrest Warrant (2002) and of the Armed Activities on the Territory of the Congo (D.R. Congo versus Rwanda, 2006), recalled by the Court with approval in the present Judgment. It is high time to give jus cogens the attention it requires*

II. L'exercice de la compétence universelle pour réprimer les crimes de *jus cogens* commis à l'extérieur du territoire de l'État du for

A. La concrétisation de l'universalité de la compétence en droit international

Les tribunaux internes d'un État sont traditionnellement compétents pour juger les personnes suspectées d'avoir commis un crime sur le territoire dudit État. Cette compétence découle du principe de la territorialité. Cependant, le droit international admet l'étendue de la compétence pénale des tribunaux nationaux, afin d'exercer la compétence extraterritoriale pour réprimer les crimes commis hors du territoire national²³. À cet effet, la compétence extraterritoriale pourrait être évoquée selon le principe de la nationalité (la compétence personnelle active et la compétence personnelle passive), le principe de la protection (la compétence réelle) et le principe de l'universalité (la compétence universelle)²⁴. Dans les trois types de compétences extraterritoriales, l'État du for a une liaison avec le crime commis hors de son territoire. À cet égard, concernant la compétence personnelle active, un État applique sa compétence aux infractions commises à l'étranger par ses propres nationaux ; ensuite concernant la compétence personnelle passive, un État exerce sa compétence aux infractions commises à l'étranger contre ses ressortissants. Aussi, au sujet de la compétence réelle, un État exerce sa compétence lorsque les infractions commises hors de son territoire portent atteinte aux intérêts fondamentaux dudit État²⁵. Cependant, selon le principe de l'universalité ou de la compétence universelle, un État agit sans aucune liaison avec un crime commis à l'étranger. Autrement dit, la compétence universelle est une compétence fondée sur la nature du crime ; et un État applique sa compétence quel que soit le lieu de la commission de l'infraction (*locus delicti*) et la nationalité de l'auteur ou de la victime, et quelles que soient les atteintes

and deserves. Its deconstruction, as in the present case, is to the detriment not only of the individual victims of grave violations of human rights and of international humanitarian law, but also of contemporary international law itself. In sum, in my understanding, there can be no prerogative or privilege of State immunity in cases of international crimes, such as massacres of the civilian population, and deportation of civilians and prisoners of war to subjection to slave labour: these are grave breaches of absolute prohibitions of jus cogens, for which there can be no immunities... There can be no prerogative or privilege of State immunity in cases of international crimes, such as massacres of the civilian population, and deportation of civilians and prisoners of war to subjection to slave labour: these are grave breaches of absolute prohibitions of jus cogens, for which there can be no immunities ». Ibid aux pp 62, 84 et 87.

²³ Amnesty International, *La compétence universelle: 14 principes pour l'exercice effectif de la compétence universelle*, 30 avril 1999, à la p 3, en ligne : Amnesty.org <<https://www.amnesty.org/fr/documents/ior53/001/1999/fr/>> (dernière consultation le 26 février 2016) [Amnesty, compétence universelle] ; Ana Peyró Llopis, *La compétence universelle en matière de crimes contre l'humanité*, Bruxelles, Bruylant, 2003 à la p 1.

²⁴ Ibid.

²⁵ Antonio Cassese et Mireille Delmas-Marty, dir, *Juridiction nationales et crimes internationaux*, Paris, Presses universitaires de France, 2002, à la p 573 [Cassese et Delmas-Marty].

contre les intérêts primordiaux dudit État²⁶. On peut estimer que les États, en exerçant la compétence universelle, agissent de la part de la communauté internationale pour réprimer les crimes de *jus cogens* commis hors de leur territoire²⁷.

B. La *ratione materiae* de la compétence universelle et l'exercice de la compétence universelle en tant qu'obligation *erga omnes*

Dans une vision extraterritoriale, l'éventuel exercice de la compétence universelle serait accepté afin de réprimer les crimes de *jus cogens* commis à l'extérieur de l'État du for²⁸. On pourrait estimer que la compétence universelle, pour les crimes en question, est le résultat du développement de droit international en vigueur²⁹. L'une des rares affaires devant la Cour internationale de justice dans

²⁶ Antoine Bailleux, *La Compétence universelle au carrefour de la pyramide et du réseau: De l'expérience belge à l'exigence d'une justice pénale transnationale*, Bruxelles, Bruylant, 2005, à la p 18 ; Selon les Principes de Princeton en 2001: « *universal jurisdiction is criminal jurisdiction based solely on the nature of the crime, without regard to where the crime was committed, the nationality of the alleged or convicted perpetrator, the nationality of the victim, or any other connection to the state exercising such jurisdiction* ». Princeton Project on Universal Jurisdiction, *The Princeton Principles on Universal Jurisdiction*, Princeton University and others (2001), en ligne : <https://lapa.princeton.edu/hosteddocs/unive_jur.pdf>.

²⁷ Voir par exemple Amnesty, compétence universelle, *supra* note 23.

²⁸ Il faut noter qu'en général des différents types de crimes pourraient faire l'objet de la compétence universelle. À cet effet, les crimes graves et *jus cogens* comme le génocide, les crimes de guerre, les crimes contre l'humanité et la torture, ainsi que les crimes en droit national comme la prise d'otages, les attaques visant des diplomates, le détournement d'avions, la destruction d'avions et le terrorisme qui préoccupent tous les États, et les crimes de droit commun comme le vol, l'enlèvement et le viol, peuvent faire l'objet de la compétence universelle. Voir Zdzislaw Galicki, *Rapport préliminaire sur l'obligation d'extrader ou de poursuivre* (aut dedere aut judicare), Doc off International Law Commission, 58e sess, Doc NU A/CN.4/571 (2006) au para 20 [A/CN.4/571].

²⁹ Hugo Grotius dans son ouvrage de *De Jure Belli ac Pacis* parle de la poursuite des pirates en tant que *hostis humani generis*. Selon lui, la liberté de navigation en haute mer est un droit universel et la violation de ce droit serait punie par tous les États. Cette doctrine est considérée comme le fondement du principe de l'universalité de compétence pour certains crimes de droit international. Voir Cherif Bassiouni, « Universal Jurisdiction for International Crimes: Historical Perspectives and Contemporary Practice » (2001-2002) 42 *Va J Int'l Law* 81 à la p 99 [Bassiouni] ; L'exercice de la compétence universelle pour les crimes les plus graves en tant qu'une menace pour tous les États, est affirmé dans la jurisprudence internationale. À cet égard, le juge Moore dans son opinion dissidente dans l'affaire *lotus* en 1927, à propos de piraterie souligne que cette infraction « est une infraction au droit des gens; et étant donné que le théâtre des opérations du pirate est la haute mer, où le droit ou le devoir d'assurer l'ordre public n'appartient à aucun pays, il est traité comme un individu hors la loi, comme l'ennemi du genre humain — *hostis humani generis* — que tout pays, dans l'intérêt de tous, peut saisir et punir ». Voir *Affaire du « Lotus » (France c Turquie)*, Opinion dissidente du juge Moore (1927), CPJI (sér A), no10 à la p 70. Selon cet arrêt, on pourrait estimer que la Cour permanente de justice internationale a implicitement autorisé l'application de compétence extraterritoriale, y-compris la compétence universelle. Marc Henzelin, « La compétence pénale universelle: Une question non résolue par l'arrêt *Yerodia* » (2002) 4 *RGDIP* 819 à la p 838. ; Selon la Cour permanente de justice internationale dans l'arrêt du *Lotus*: « Loin de défendre d'une manière générale aux États d'étendre leurs lois et leur juridiction à des personnes, de biens et des actes hors du territoire, il leur laisse, à cet égard, une large liberté, qui n'est limitée que dans quelques cas par de règles prohibitives; pour les autres cas, chaque État reste libre d'adopter les principes qu'il juge les meilleurs et les plus convenables ». *Affaire du « Lotus » (France c Turquie)* (1927), CPJI (sér A), no10 à la p 19.

laquelle les juges ont pu aborder la notion de compétence universelle était l'*Affaire du Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*³⁰. Dans cette affaire, les positions des juges par rapport à l'exercice de la compétence universelle pour les crimes de *jus cogens* sont intéressantes. À cet égard, dans leur opinion individuelle commune Mme Higgins, MM. Kooijmans et Buergenthal, les juges de la Cour internationale de justice, concernant la possibilité de l'exercice de la compétence universelle notamment à l'égard de certains crimes graves de droit international affirment que :

[...] pratiquement toutes les législations nationales envisagent tel ou tel lien avec l'État du for ; et il n'y a aucune décision fondant la compétence sur la compétence universelle pure. Cela n'indique pas nécessairement, néanmoins, qu'un tel exercice serait illicite [...] la compétence pénale universelle ne soit exercée qu'à l'égard des crimes considérés comme les plus odieux par la communauté internationale³¹.

Les juges affirment la possibilité de l'exercice de la compétence universelle pour les crimes représentant une menace pour l'intérêt de tous les États. Dans ce contexte, les juges en évoquant la piraterie (l'exemple classique de crime objet de la compétence universelle), soulignent que :

La compétence était, bien entendu, exercée en haute mer et non en tant que compétence d'exécution sur le territoire d'un État qui n'était pas d'accord. Mais ce fait historique ne signifie pas que la compétence universelle n'existe qu'à l'égard des crimes commis en haute mer ou en d'autres lieux ne relevant de la juridiction territoriale d'aucun État. Il est d'une importance décisive que cette compétence était considérée comme licite parce que la communauté internationale considérait la piraterie comme préjudiciable aux intérêts de tous³².

Selon les juges : « Les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité ne sont pas moins préjudiciables aux intérêts de tous parce qu'ils ne sont pas habituellement commis en haute mer³³ ». La jurisprudence des tribunaux internes démontre aussi que les États sont pour la plupart mobilisés afin d'exercer la compétence universelle pour certains crimes graves touchant l'ensemble de la communauté internationale. À cet effet, on peut nommer de nombreuses affaires comme Eichmann 1961³⁴, Demjanjuk 1985³⁵, Saric 1994³⁶, Pinochet 1999³⁷, Butare

³⁰ *Affaire du Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, [2002] CIJ rec 3 à la p 22 [*Mandat d'arrêt*]

³¹ « As we have seen, virtually all national legislation envisages links of some sort to the forum State; and no case law exists in which pure universal jurisdiction has formed the basis of jurisdiction. This does not necessarily indicate, however, that such an exercise would be unlawful » [...] « It is equally necessary that universal criminal jurisdiction be exercised only over those crimes regarded as the most heinous by the international community ». Voir opinion individuelle commune des juges Mme. Higgins, MM. Kooijmans et Buergenthal dans *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, voir, [2002] CIJ rec 63 aux para 45 et 60.

³² *Ibid* aux para 45 et 61.

³³ *Ibid.*

³⁴ *Attorney-General of the Government of Israel v Adolf Eichmann*, Dist Ct of Jerusalem, Criminal case no40/61, 11 décembre 1961 [*Eichmann*, 1961].

Four 2001³⁸, Ely Ould Dah 2005³⁹, Khaled Ben Saïd 2010⁴⁰ et Colonel Kumar Lama 2015⁴¹.

Il nous paraît que la *ratione materiae* de la compétence universelle serait les crimes de *jus cogens* comme le génocide, les crimes de guerre, les crimes contre l'humanité, la discrimination raciale et la torture. Les crimes tels que le génocide, les crimes de guerre, les crimes contre l'humanité, la discrimination raciale et la torture dont l'interdiction fait partie de la norme impérative, créent une obligation et aussi un droit pour les États membres de la communauté internationale d'agir⁴². Le caractère et la nature spéciale des crimes de *jus cogens* demandent une réaction rapide et efficace de la part de tous les États. À cet effet, le commentaire de la Commission du droit international sur le *Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité*⁴³ de 1996 souligne que tout État a un droit d'exercer sa compétence à l'encontre du crime de génocide, du crime de guerre et du crime contre l'humanité⁴⁴. Les États en exerçant la compétence universelle deviennent comme des agents de la communauté internationale pour appliquer le droit international des droits de l'homme et le droit international humanitaire⁴⁵. À ce sujet, dans l'affaire *Eichmann* devant la Cour suprême d'Israël, ladite juridiction souligne que : « L'État d'Israël avait le droit, en vertu du principe de compétence universelle et agissant en qualité de gardien du droit international et de l'agent de son application, pour essayer de l'appelant⁴⁶ ». On peut estimer que la compétence universelle en tant que moyen pour réprimer les crimes de *jus cogens* commis à l'extérieur du territoire, peut être considérée comme une obligation de nature *erga omnes*. Dans ce cadre, il y a une liaison entre l'exercice de la compétence universelle et l'obligation *erga omnes* des États d'extrader ou de poursuivre les crimes de *jus cogens* tels que le génocide et la torture. En effet, comme il a été confirmé par la Cour internationale de justice dans l'*Affaire concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader* en 2012, les États sont obligés d'exercer la compétence universelle à défaut d'extradition⁴⁷. Tous les États

³⁵ *Demjanjuk c Petrovsky*, 776 F2d 571 (6th Cir. 1985) cert. denied 475 US 1016 (1986).

³⁶ *The Prosecutor v Refik Saric*, 3rd Chamber of the Eastern Division of the Danish High Court, 25 novembre 1994.

³⁷ *Regina v Ex Parte Pinochet* [1999] UKHL 17, 24 mars 1999.

³⁸ *Public Prosecutor v Higaniro et al (Butare Four)*, Cour d'assises de Bruxelles, 8 juin 2001.

³⁹ *Ely Ould Dah c France* [2005], Cour d'assises du Gard, 7 janvier 2005.

⁴⁰ *Khaled Ben Saïd c France* [2010], Cour d'assises de Meurthe et Moselle, 24 septembre 2010.

⁴¹ *British prosecutor v Colonel Kumar Lama* [2015], London's Old Bailey Court, 2015.

⁴² Guy S Goodwin-Gill et Stefan Talmon, *The Reality of International Law: Essay in Honour of Ian Brownlie*, Oxford, Clarendon Press, 1999 à la p 213.

⁴³ *Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité*, Rés AG 36/106, Doc off AG NU, 36e session, Doc NU A/RES/36/106 (1981) [*Projet de code*].

⁴⁴ Voir « Report of the International Law Commission on the work of its forty-eighth session » (Doc NU A/51/10) dans *Yearbook of the International Law Commission 1996*, vol 2, partie 2 [Rapport ILC A/51/10] ; Voir aussi A/CN.4/571, *supra* note 28 à la p 8 .

⁴⁵ Voir par ex Christopher Keith Hall, « Universal jurisdiction: Developing and Implementing an Effective Global Strategy » dans Wolfgang Kaleck et al, dir, *International Prosecution of Human Rights Crimes*, New York, Springer, 2007 85 à la p 85.

⁴⁶ *Attorney-General of the Government of Israel v Adolf Eichmann*, Sup Ct, Jugement du 29 mai 1962. [*Eichmann*, 1962].

⁴⁷ *Poursuivre et extrader*, *supra* note 12 aux para 74 et 75.

sont touchés par les crimes de *jus cogens*, considérés comme une menace pour la communauté internationale dans son ensemble⁴⁸. Dans ce contexte, dans l'affaire *Eichmann*⁴⁹ de 1961, la Cour suprême d'Israël à Jérusalem, en l'application de la compétence universelle, souligne que les effets nocifs des crimes tels que les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre sont une atteinte aux fondations de la communauté internationale⁵⁰. En effet, l'État en exerçant la compétence universelle pour certains crimes graves du droit international n'agit pas dans ses propres intérêts, mais il agit pour sauvegarder les intérêts de la communauté internationale dans son entièreté. Autrement dit, une *actio popularis* pour défendre les intérêts collectifs de tous les États⁵¹.

III. L'exercice de la compétence universelle malgré l'existence de l'immunité de juridiction

A. L'immunité de juridiction comme un obstacle pour exercer la compétence universelle à l'encontre des crimes de *jus cogens*

Dans le cadre de l'exercice de la compétence universelle à l'encontre des crimes de *jus cogens*, l'existence de l'immunité de juridiction pourrait être considérée comme un obstacle pour déclencher la poursuite pénale à l'encontre de l'étranger suspecté d'avoir commis les crimes de *jus cogens*. Selon la maxime *par in parem non habet imperium jurisdictionem*, les personnes juridiques de statut égal ne peuvent pas régler leurs litiges devant les tribunaux de l'une d'entre elles. L'acceptation de l'immunité signifie que certaines personnes, même si elles ont perpétré des crimes de *jus cogens*, bénéficient d'une immunité contre les poursuites devant les juridictions étrangères. À cet égard, on pourrait imaginer qu'un chef d'État étant derrière des actes génocidaires continue de bénéficier des privilèges de l'immunité pendant et même après son mandat. La poursuite des représentants officiels d'un État par les juridictions internes des autres États pourrait être incompatible avec le principe de *par in parem non habet imperium jurisdictionem*. Ce principe agit comme un fondement

⁴⁸ Voir par ex Andrea Bianchi, « Immunity versus Human Rights: The Pinochet Case » (1999) 10:2 EJIL 237 à la p 244.

⁴⁹ *Eichmann*, 1961, *supra* note 34.

⁵⁰ « *Not only do all the crimes attributed to the appellant bear an international character, but their harmful and murderous effects were so embracing and widespread as to shake the international community to its very foundations* ». *Eichmann*, 1962, *supra* note 46 ; Voir aussi Amnesty International, *Universal Jurisdiction: The Duty of States to Enact and Implement Legislation*, septembre 2001, aux pp 23-31, en ligne : Amnesty < <https://www.amnesty.org/en/documents/ior53/017/2001/en/> >.

⁵¹ Voir Association internationale de droit pénal, « Compétence universelle, Projet de résolution » (2008) 79:1 Rev IDP 147 ; M. Cherif Bassiouni, *International Criminal Law, Volume 2: Multilateral and Bilateral Enforcement Mechanisms*, Martinus Nijhoff Publishers, 2008, à la p 162.

pour justifier l'immunité de l'État⁵². Selon le rapport de la Commission du droit international sur l'immunité des représentants de l'État de la juridiction pénale étrangère en 2008 :

L'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État comprend certains éléments interdépendants et qui se renforcent réciproquement : éléments fonctionnels et de représentation ; principes de droit international tels que ceux de l'égalité souveraine des États et de non-ingérence dans les affaires intérieures des autres États ; et nécessité de garantir la stabilité des relations internationales et l'exercice en toute indépendance de leurs prérogatives par les États⁵³.

D'après le rapport de 2008, la tröika de base des représentants de l'État au niveau international, y compris le chef d'État, le chef du gouvernement et le ministre des affaires étrangères, pourrait bénéficier de l'immunité *ratione personae* ou personnelle⁵⁴. Bien qu'il existe des incertitudes sur la cristallisation d'une règle d'origine coutumière, l'immunité des personnes susmentionnées dans les cas où ces derniers se trouvent à l'extérieur de leur territoire national, est souvent évoquée d'après le droit international coutumier⁵⁵. On peut aussi trouver des exemples dans la

⁵² The Redress Trust, *Immunité c. Responsabilité: Étude de la relation entre l'immunité des États et la responsabilité pour torture et autres graves crimes internationaux*, décembre 2005, à la p 9, en ligne : http://www.redress.org/downloads/publications/REDRESS-State-Immunity_French%2010%20Feb%202006.pdf > [Immunité c. Responsabilité] ; Selon le Rapport préliminaire sur l'immunité des représentants de l'État de la juridiction pénale étrangère de la Commission du droit international en 2008: « Un État est en droit d'exercer sa juridiction, y compris pénale, sur toutes les personnes se trouvant sur son territoire, à l'exception de celles qui jouissent de l'immunité. Il n'existe pas de définition du concept d'immunité, du moins dans les textes internationaux universels, bien qu'ils emploient souvent ce terme. L'immunité désigne habituellement l'exception, la dérogation ou l'exemption dont bénéficient une entité, une personne ou un bien à l'égard de la juridiction de l'État; un obstacle à l'exercice de la juridiction; une limite de la juridiction; un moyen de défense utilisé pour empêcher l'exercice de la juridiction à l'égard de l'entité, de la personne ou du bien; et, enfin, le droit de ne pas voir s'exercer la juridiction à l'égard de l'entité, de la personne ou du bien, c'est-à-dire le droit d'être exempté de la juridiction ». Roman Kolodkin, *Rapport préliminaire sur l'immunité des représentants de l'État de la juridiction pénale étrangère*, Doc off International Law Commission, 60e sess, Doc NU A/CN.4/601 (2008) à la p 27 [A/CN.4/601].

⁵³ *Ibid* à la p 53 ; Au stade juridictionnel, l'immunité peut empêcher une juridiction nationale de poursuivre des infractions dont elle aurait pu autrement poursuivre. En effet « Les immunités sont des règles procédurales qui font obstacle au jugement de litiges et qui peuvent être soulevées à deux moments dans une affaire. D'abord, au stade juridictionnel, l'immunité peut avoir pour effet d'empêcher un tribunal de connaître d'une affaire, dont il aurait autrement pu connaître. Cela est souvent désigné comme l'immunité de juridiction. La deuxième occasion où l'immunité peut être soulevée est le moment de l'exécution du jugement du tribunal. Cela est souvent désigné comme l'immunité d'exécution ». *Immunité c. Responsabilité*, *supra* note 52 à la p 9. ; Il faut souligner que de l'immunité de juridiction il s'agit plus exactement de l'immunité de la juridiction judiciaires et exécutive et non de la juridiction législative de l'État territorial. Voir A/CN.4/601 *supra* note 52 à la p 30.

⁵⁴ A/CN.4/601, *supra* note 52 à la p 59 ; Voir aussi *Immunité c. Responsabilité*, *supra* note 52 à la p 9.

⁵⁵ Voir Cassese et Delmas-Marty, *supra* note 25 à la p 639 ; Dans l'*Affaire du Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, la Cour international de justice en 2002 souligne que: « Des enseignements utiles peuvent être tirés de ces conventions sur tel ou tel aspect de la question des immunités. Elles ne contiennent toutefois aucune disposition fixant de manière précise les immunités dont jouissent les ministres des affaires étrangères. C'est par conséquent sur la base du droit international coutumier que la Cour devra trancher les questions relatives aux immunités de ces ministres soulevées en l'espèce ». Voir *Mandat*

jurisprudence pour lesquels le sujet de l'immunité de l'État et de l'immunité de la juridiction pénale des hauts représentants de l'État a été confirmé⁵⁶.

d'arrêt, supra note 30 ; Aussi, la juridiction française dans l'affaire Kadhafi affirme 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 ». Cass crim, 13 mars 2001 (2001), Bull crim, 218 no00-87.215 ; Selon le Rapport préliminaire sur l'immunité des représentants de l'État de la juridiction pénale étrangère de 2008, il existe des conventions qui pourraient être évoquées pour l'immunité et la protection des chefs d'États, chefs de gouvernements et ministres des affaires étrangères. Voir A/CN.4/601, *supra* note 52 aux pp 59-60 ; Dans le cadre de droit conventionnel, selon l'article 21 de la *Convention sur les missions spéciales de 1969* : « 1. Le chef de l'État d'envoi, quand il se trouve à la tête d'une mission spéciale, jouit, dans l'État de réception ou dans un État tiers, des facilités, privilèges et immunités reconnus par le droit international aux chefs d'État en visite officielle. 2. Le chef du gouvernement, le ministre des affaires étrangères et les autres personnalités de rang élevé, quand ils prennent part à une mission spéciale de l'État d'envoi, jouissent, dans l'État de réception ou dans un État tiers, en plus de ce qui est accordé par la présente Convention, des facilités, privilèges et immunités reconnus par le droit international » *Convention sur les missions spéciales*, 8 décembre 1969, 1400 RTNU 231 (entrée en vigueur : 21 juin 1985), art 21. Aussi, en vertu de l'article 50 de la *Convention de Vienne sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel de 1975* : « 1. Le chef de l'État ou tout membre d'un organe collectif exerçant les fonctions de chef de l'État conformément à la constitution de l'État en cause, quand ils se trouvent à la tête de la délégation, jouissent, dans l'État hôte ou dans un État tiers, en plus de ce qui est accordé par la présente Convention, des facilités, privilèges et immunités reconnus par le droit international aux chefs d'État. 2. Le chef du gouvernement, le ministre des affaires étrangères ou toute autre personne de rang élevé, quand ils se trouvent à la tête ou sont membres de la délégation, jouissent, dans l'État hôte ou dans un État tiers, en plus de ce qui est accordé par la présente Convention, des facilités, privilèges et immunités reconnus par le droit international à ces personnes ». *Convention de Vienne sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel*, 14 mars 1975 (non encore en vigueur) Doc. A/CONF.67/16, en ligne : Nations Unies : Collection des Traités

<https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=III-11&chapter=3&lang=fr> ; Il faut noter que les immunités diplomatiques et consulaires sont plutôt

régies par le droit conventionnel (*Convention de Vienne sur les relations diplomatiques du 18 avril 1961* et *Convention de Vienne sur les relations consulaires du 24 avril 1963*).

⁵⁶ Dans l'*Affaire du Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, la Cour internationale de justice dans son arrêt de 2002 souligne que : « La Cour observera tout d'abord qu'il est clairement établi en droit international que, de même que les agents diplomatiques et consulaires certaines personnes occupant un rang élevé dans l'État, telles que le chef de l'État, le chef du gouvernement ou le ministre des affaires étrangères, jouissent dans les autres États d'immunités de juridiction, tant civiles que pénales. Aux fins de la présente affaire, seules l'immunité de juridiction pénale et l'inviolabilité d'un ministre des affaires étrangères en exercice doivent être examinées par la Cour ». La Cour internationale de justice en suite conclut que : « les fonctions d'un ministre des affaires étrangères sont telles que, pour toute la durée de sa charge, il bénéficie d'une immunité de juridiction pénale et d'une inviolabilité totales à l'étranger. Cette immunité et cette inviolabilité protègent l'intéressé contre tout acte d'autorité de la part d'un autre État qui ferait obstacle à l'exercice de ses fonctions », voir *Mandat d'arrêt, supra* note 30 aux para 51 et 54 ; Sur l'affirmation de l'immunité de l'État, on peut citer aussi l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'*Affaire Al-Adsani c. Royaume-Uni en 2001* qui dispose : « La Cour doit d'abord rechercher si la limitation poursuivait un but légitime. Elle note à cet égard que l'immunité des États souverains est un concept de droit international, issu du principe par *in parem non habet imperium*, en vertu duquel un État ne peut être soumis à la juridiction d'un autre État. La Cour estime que l'octroi de l'immunité souveraine à un État dans une procédure civile poursuit le but légitime d'observer le droit international afin de favoriser la courtoisie et les bonnes relations entre États grâce au respect de la souveraineté d'un autre État ». *Al-Adsani, supra* note 13 au para 54 ; Les autres exemples de la jurisprudence dans lesquels l'immunité de l'État est affirmé, on peut citer : l'*Affaire Bouzari* du 1^{er} mai 2002 de la Cour supérieure de l'Ontario au Canada *Bouzari v Bahremani*, 2015 Ont

B. La remise en cause du principe de l'immunité de juridiction d'État à l'égard des crimes de *jus cogens*

Aujourd'hui, la notion de l'immunité selon le principe de souveraineté absolue, selon lequel un État ne peut pas être considéré comme responsable des actes qu'il a fait, n'est plus acceptable dans le cadre du droit international en vigueur. À cet effet, d'après le principe de l'immunité restreinte ou relative, il y a une distinction entre les actes accomplis par les représentants de l'État à titre officiel (les actes *jure imperii*) manifestant la souveraineté de l'État étranger, et les actes accomplis par lesdites personnes à titre privé (les actes *jure gestionis* ou *privatorum*)⁵⁷. Si on évoque l'immunité de l'État, celle-ci en vertu du principe de l'immunité restreinte couvre seulement les actes *jure imperii* qui sont de nature publique, gouvernementale et souveraine⁵⁸. L'abandon de la règle de l'immunité absolue et la distinction entre les actes attribués à l'État étranger est bien confirmé dans les jurisprudences internes et internationales⁵⁹. À titre d'exemple, la juridiction italienne dans l'affaire *Préfecture de Voiotia c. République fédérale d'Allemagne* (affaire *Distomo*) en 1997, affirme qu'en vertu du droit international, l'immunité dont jouissent les États étrangers peut s'étendre aux actes souverains (actes *jure imperii*), mais pas aux actes accomplis par l'État étranger comme une partie privée (actes *jure gestionis*)⁶⁰. On peut aussi mentionner la jurisprudence de la Cour internationale de justice dans l'*Affaire du Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* où la Cour affirme que les tribunaux internes peuvent poursuivre un ancien ministre des affaires étrangères d'un autre État pour des

CA 275 (disponible sur CanLII) ; l'*Affaire Kalogeropoulou* du 12 décembre 2002 de la Cour européenne des droits de l'homme *Kalogeropoulou et autres c Grèce et Allemagne*, no59021/00, [2002] X CEDH 389 ; l'arrêt *Bucheron* du 16 décembre 2003 de la Cour de cassation française *Bucheron c République fédérale d'Allemagne*, Cass civ, 16 décembre 2003, (2003) Bull civ 1, no258, et le jugement de la House of Lords du Royaume-Uni dans l'*Affaire Jones et Mitchell* du 14 juin 2006 *Jones v Ministry of Interior Al-Mamlaka Al-Arabiya AS Saudiya (the Kingdom of Saudi Arabia) and others*, [2006] UKHL 26.

⁵⁷ Carlo Focarelli, « Immunité des États et *jus cogens*. La dynamique du droit international et la fonction du *jus cogens* dans le processus de changement de la règle sur l'immunité juridictionnelle des États étrangers » (2008) 112: 4 RGDI 761 à la p 763 [Focarelli] ; Voir aussi Maria Panezi, « Sovereign Immunity and Violations of *Jus Cogens* Norms » (2003), 56 RHDI 199 à la p 208.

⁵⁸ « [...] l'immunité des États couvre les actes *jure imperii* (les actes de nature publique, gouvernementale ou souveraine) mais ne s'étend pas aux actes *jure gestionis* (les actes qui ne relèvent pas exclusivement ni intégralement de la nature gouvernementale ou souveraine d'un État, mais qu'un agent privé pourrait accomplir). Cette distinction fut d'abord consacrée par les tribunaux belges et italiens au dix-neuvième siècle et correspond au premier abandon de la doctrine de l'immunité absolue. Alors que le commerce international commençait à croître, l'application de l'immunité des États dans des litiges avec des parties privées fut de plus en plus considérée comme injuste, notamment parce que les deux parties avaient consenti à la transaction. En conséquence, l'immunité ne s'applique plus aux accords commerciaux dans lesquels l'État agit comme un « commerçant » et non en tant qu' « État indépendant et souverain », afin de placer les deux parties sur un terrain d'égalité ». *Immunité c. Responsabilité*, *supra* note 52 à la p 22.

⁵⁹ Voir Annalisa Ciampi, « L'immunité de l'État responsable de crimes internationaux devant les juridictions italiennes » (2008) 54:1 AFDI 45 à la p 46 [Ciampi].

⁶⁰ *Préfecture de Voiotia c République fédérale d'Allemagne*, Tribunal de première instance, Livadia, 30 octobre 1997, no137/1997, 30 octobre 1997 [Affaire *Distomo*] ; Voir Yang Xiaodong, « *Jus cogens* and State Immunity » (2006) 7 New Zealand Yearbook of International Law 131 à la p 163, en ligne : Nxlil.org < <http://www.nzlii.org/nz/journals/NZYbkIntLaw/2006/7.html#Heading5> >.

actes accomplis à titre privé pendant la période où il a occupé ses fonctions⁶¹.

La question qui mérite d'être posée est celle de savoir : « Est-ce qu'un État pourrait toujours bénéficier de l'immunité pour des actes *jure imperii* même dans les cas des crimes de *jus cogens* ? » Il nous semble que la réponse à cette question soit négative. Comme le juge dissident Al-Khasawneh l'a souligné dans l'*Affaire du Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* en 2002, les crimes les plus graves sont par définition les actes d'État⁶². En effet, beaucoup de crimes graves de droit international ne peuvent être commis que par le soutien et l'ordre d'État⁶³. À cet égard, selon le juge Wyngaert dans l'*Affaire du Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* :

Certains crimes de droit international (par exemple certains actes de génocide et d'agression) ne peuvent être commis pour des raisons d'ordre pratique, qu'avec des moyens dont seul un État peut disposer et dans le cadre d'une politique adoptée par lui en d'autres termes, vus sous cet angle, ces actes ne peuvent être que des actes "officiels"⁶⁴. [...] Le juge Wyngaert souligne également que : « L'immunité ne devrait jamais s'appliquer aux crimes au regard du droit international, que ce soit devant des juridictions internationales ou nationales. Je souscris pleinement à la déclaration de lord Steyn, qui faisait observer dans la première affaire Pinochet : « Il en découle donc que l'ordre donné par Hitler de recourir à la « solution finale » doit être considéré comme un acte accompli à titre officiel dans le cadre de ses fonctions de chef d'État. Voilà où conduit inexorablement le raisonnement de la Cour d'appel. La Cour internationale de Justice aurait dû dire clairement que son arrêt ne saurait en aucun cas conduire à une telle conclusion et que de tels actes ne pourront jamais être couverts par une quelconque immunité⁶⁵.

Il nous paraît que la distinction traditionnelle entre les actes *jure imperii* et les actes *jure gestionis*, ainsi que la justification de l'immunité des États en évoquant les actes *jure imperii* dans les cas de crimes graves de droit international, ne peut pas être acceptable. À cet égard, le juge Cançado Trindade dans son opinion dissidente dans l'affaire *Immunités juridictionnelles de l'État*⁶⁶ devant la Cour internationale de justice en 2012, en refusant la distinction traditionnelle entre les actes *jure imperii* et les actes *jure gestionis* dans les cas des crimes les plus graves, souligne que les crimes de *jus cogens* sont des exemples de *delicta imperii* ou de crime perpétré par l'État. Le juge Cançado Trindade affirme qu'à propos des crimes en question, l'État ne peut pas invoquer son immunité. Selon le juge Cançado Trindade :

⁶¹ *Mandat d'arrêt*, supra note 30 à la p 26.

⁶² *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c Belgique)*, Opinion dissidente du juge Al-Khasawneh, [2002] CIJ rec 95 à la p 99 [*Mandat d'arrêt*, Al-Khasawneh].

⁶³ Marco Sassoli, « L'arrêt *Yerodia*: Quelques remarques sur une affaire au point de collision entre les deux couches du droit international » (2002) 106:4 RGDI 791 à la p 803.

⁶⁴ *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c Belgique)*, Opinion dissidente du juge Van Den Wyngaert, [2002] CIJ rec 131 à la p 161 [*Mandat d'arrêt*, Wyngaert].

⁶⁵ *Ibid* à la p 162.

⁶⁶ *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c Italie; Grèce (intervenant))*, [2012] CIJ rec 99 [*Immunités juridictionnelles*].

*Grave breaches of human rights and of international humanitarian law, amounting to international crimes, are anti-juridical acts, are breaches of jus cogens, that cannot simply be removed or thrown into oblivion by reliance on State immunity... International crimes perpetrated by States are not acts jure gestionis, nor acts jure imperii; they are crimes, delicta imperii, for which there is no immunity. That traditional and eroded distinction is immaterial here*⁶⁷.

Cette position reflète une tendance cristallisée dans la jurisprudence interne qui remet en cause la reconnaissance des crimes graves comme les actes souverains, et rejette le principe de l'immunité de l'État dans le cas de crimes de *jus cogens*, même si ces derniers sont considérés comme des actes officiels. Dans ce contexte, dans l'affaire de *Pinochet* devant la Chambre des Lords (House of Lords) au Royaume-Uni, Lord Nicholls of Birkenhead souligne que la torture des nationaux et des étrangers ne peut pas être considérée comme la fonction d'un chef d'État⁶⁸. Aussi, dans l'affaire *Bouterse* devant la juridiction néerlandaise, il était confirmé que les crimes graves comme la torture, les crimes de guerre, et les crimes contre l'humanité ne faisaient pas partie des actes officiels d'un chef d'État⁶⁹.

On peut concevoir que la valeur impérative de la prohibition de crimes graves engendre le refus de l'immunité de l'État dans le cadre jurisprudentiel. À cet effet, dans l'affaire *Distomo*⁷⁰ devant les juridictions grecques, le Tribunal de grande instance de Livadia en 1997 et la Cour suprême de la Grèce (Areios Pagos) en 2000 affirment qu'un État ne peut pas invoquer l'immunité lorsque la prohibition de violations attribuée à celui-ci a la valeur de *jus cogens*⁷¹. Le Tribunal de Livadia souligne que les crimes de guerre ne peuvent pas être considérés comme des actes officiels et souverains. Le Tribunal grec rejette l'exception de l'immunité dans le cas

⁶⁷ *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c Italie; Grèce (intervenant))*, Opinion dissidente du juge Cançado Trindade, [2012] CIJ rec 179 au para 306 [*Immunités juridictionnelles*, Cançado Trindade].

⁶⁸ *Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and others EX Parte Pinochet* (on appeal from a Divisional Court of the Queen's Bench Division) *Regina v. Evans and another and the Commissioner of Police for the Metropolis and others EX Parte Pinochet* (on appeal from a Divisional Court of the Queen's Bench Division), 25 November 1998, [1998] UKHL.

⁶⁹ *Prosecutor-General of the Supreme Court c Désiré Delano Bouterse*, [2000], Cour d'appel d'Amsterdam, 20 novembre 2000 ; Voir aussi Cassese et Delmas-Marty, *supra* note 25 à la p 647.

⁷⁰ *Affaire Distomo*, *supra* note 60.

⁷¹ *Immunité c. Responsabilité*, *supra* note 52 à la p 9; « Saisi d'une action en dommages-intérêts contre l'Allemagne par des ressortissants grecs, parents des victimes du massacres accomplis à Distomo par les troupes allemandes pendant l'occupation de la Grèce, le Tribunal de grande instance de Livadia fit droit à la demande des plaignants et condamna la République fédérale d'Allemagne à leur payer diverses sommes en réparation de leur dommage matériel et moral pour un montant global d'environ 28 million d'euros (décision no137/1997). L'Allemagne s'est pourvue en cassations soutenant notamment que les juridictions grecques n'étaient pas compétentes pour se prononcer sur l'affaire en raison de son immunité en tant qu'État souverain. Le 4 mai 2000, son pourvoi a été rejeté par la Cour suprême de la Grèce (Areios Pagos), qui après une analyse du droit international coutumier et des accords internationaux a conclu qu'elle avait compétence pour examiner l'affaire. La décision du Tribunal de grande instance de Livadia devint alors définitive. Dans le même arrêt la Cour condamna l'Allemagne au paiement des frais de la procédure (pour un montant de 2 930,70 d'euros) ». Ciampi, *supra* note 59 aux pp 56 et 57.

des crimes graves, en tant qu'une violation des normes du *jus cogens*⁷². La Cour suprême, pour sa part, constate que l'immunité ne s'applique pas aux actes attribués à l'État défendeur (l'Allemagne). Selon l'Areios Pagos, bien que l'immunité de l'État couvre les actes de nature souveraine, les actes en violation des règles impératives ne peuvent pas être considérés comme des actes *jure imperri*. La Cour suprême de la Grèce a conclu que la violation d'une règle impérative du droit international causera une renonciation implicite de l'immunité⁷³. Cette tendance des tribunaux grecs dans l'affaire *Distomo* sur la non-applicabilité de l'immunité de l'État pour les crimes du *jus cogens* est réaffirmée devant la juridiction italienne en 2004⁷⁴. À cet égard, la Corte di Cassazione dans l'affaire *Ferrini* a refusé d'accorder à l'État défendeur (l'Allemagne) l'immunité juridictionnelle pour les crimes graves commis pendant la Seconde Guerre mondiale, considérés comme des violations des règles impératives⁷⁵. La juridiction italienne affirme que, l'immunité ne s'applique pas aux violations des règles *jus cogens*, même si elles sont qualifiées comme actes *jure imperii*⁷⁶. La jurisprudence de l'affaire *Ferrini*⁷⁷ sur le refus de l'immunité de juridiction dans le cas de violations de normes impératives est réaffirmée devant les juridictions italiennes en 2008⁷⁸. La Corte di Cassazione, le 29 mai 2008, dans une série de décisions identiques, confirme la jurisprudence de l'arrêt *Ferrini* et déclare que l'État défendeur (l'Allemagne) n'a pas le droit à l'immunité en ce qui concerne les crimes graves constituant des violations de normes du *jus cogens*⁷⁹. Aussi, dans l'arrêt du 21 octobre 2008 dans l'affaire *Milde*⁸⁰, la Corte di Cassazione rejette l'exception de

⁷² Voir *Immunité c. Responsabilité*, *supra* note 52 à la p 9 ; *Affaire Distomo*, *supra* note 60.

⁷³ Voir Lorna McGregor, « Addressing the Relationship between State Immunity and *Jus Cogens* Norms: A Comparative Assessment » dans Wolfgang Kaleck et al, dir, *International Prosecution of Human Rights Crimes*, New York, Springer, 2007 69 aux pp 73-74 ; *Préfecture de Voiotia c République fédérale d'Allemagne (Affaire Distomo)*, Cour de cassation de Grèce, no11/2000, 4 mai 2000, 129 ILR 513.

⁷⁴ *Ferrini c Repubblica Federale di Germania*, Cour de cassation d'Italie, no5044/2004, 11 mars 2004, 128 ILR 659 [*Affaire Ferrini*].

⁷⁵ Voir Focarelli, *supra* note 57 à la p 779 ; *Affaire Ferrini*, *supra* note 74.

⁷⁶ « Dans *Ferrini c. République fédérale d'Allemagne*, M. Ferrini présenta une demande de réparation civile pour, selon ses allégations, sa capture et déportation d'Italie en Allemagne par les forces militaires allemandes durant la seconde guerre mondiale pour travaux forcés. Il avait d'abord essayé d'introduire une requête en indemnisation en Allemagne mais les tribunaux avaient rejeté sa demande aux motifs qu'elle ne répondait pas aux conditions de la législation nationale qui constituait la base exclusive de toute demande de réparation. En Italie, tant le tribunal de première instance que la cour d'appel ont reconnu que les violations constituaient des crimes de guerre mais ont considéré que l'immunité des États s'appliquait en qualifiant les actions de l'Allemagne d'actes souverains. La Corte di Cassazione, cependant, a infirmé le raisonnement des tribunaux inférieurs et a jugé que l'immunité ne s'étendait pas aux violations des règles de *jus cogens*, malgré leur nature souveraine ». Voir *Immunité c. Responsabilité*, *supra* note 52 à la p 26.

⁷⁷ *Affaire Ferrini*, *supra* note 74.

⁷⁸ Ciampi, *supra* note 59 à la p 50 ; Corte di Cassazione (Sezioni Unite Civili), Ordonances du 6 mai 2008, déposées le 29 mai 2008 (no14200-14212) ; *Milde*, Corte suprema di Cassazione, prima sezione penale, sentence, 21 octobre 2008-13 janvier 2009, no1072 [*Affaire Milde*].

⁷⁹ Riccardo Pavoni et Stéphane Beaulac, « L'immunité des États et le *jus cogens* en droit international. Étude croisée Italie/Canada » (2009) 43 RJT 491 à la p 504.

⁸⁰ *Affaire Milde*, *supra* note 78 ; « L'affaire concerne une plainte civile qui a fait suite aux procédures pénales contre un officier allemand reconnu coupable d'avoir participé au meurtre de 203 civils (dont des femmes et des enfants). Le massacre eut lieu le 29 juin 1944 dans les communes de Civitella, Cornia et S. Pancrazio, en Italie. Le tribunal militaire de La Spezia a reconnu Joseph Max Milde

l'immunité de l'Allemagne dans le cas de crimes graves⁸¹. La Corte di Cassazione dans son arrêt confirme le jugement de la Cour militaire d'appel italien du 18 décembre 2007 qui à son tour, avait confirmé l'arrêt du Tribunal militaire de première instance de la Spezia du 10 octobre 2006, sur le refus de l'immunité de l'État défendeur dans le cas de crimes graves⁸². Les décisions jurisprudentielles post *Ferrini* démontrent que les juridictions italiennes sont prêtes à appliquer le principe de non-immunité dans le cas de crimes de *jus cogens* et de violations des droits humains impératifs⁸³. Comme la Cour de cassation l'a affirmé dans l'affaire *Ferrini*, la raison pour le refus de l'immunité de juridiction de l'État serait que les crimes graves constituent une violation à l'encontre des valeurs universelles de la communauté internationale, valeurs protégées par des normes impératives de droit international qui sont de rang supérieur⁸⁴.

Il nous paraît que cette tendance démontre l'existence d'une hiérarchie entre les normes ordinaires, celles de l'immunité de l'État, et les normes de rang supérieur, celles de *jus cogens*⁸⁵. En vertu du principe de la hiérarchie normative, l'immunité de juridiction peut être abrogée lorsqu'un État ne respecte pas les normes impératives du droit international⁸⁶. À cet égard, il existe une primauté pour les normes impératives interdisant les crimes les plus graves visant à protéger les droits fondamentaux de l'homme, sur le principe de l'immunité de l'État visant à protéger l'autorité souveraine d'un État⁸⁷. À cet effet, la primauté des règles de *jus cogens* sur le principe de l'immunité de l'État est bien confirmée dans la très forte opinion dissidente commune des juges de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Al-Adsani c. Royaume-Uni* en 2001⁸⁸. À ce sujet, dans l'affaire *Al-Adsani c. Royaume-*

coupable et l'a condamné à la prison à vie pour le crime de meurtre tel que défini à l'article 185 du code pénal militaire italien en temps de guerre. Il a également accueilli des demandes de réparation introduites par les familles des victimes contre l'Allemagne. La Cour de cassation a confirmé les conclusions du tribunal selon lesquelles le meurtre des 203 civils était un crime de guerre et qu'aucune immunité de procédure ne pouvait être accordée à l'Allemagne ». Francesco Moneta, *L'immunité de l'État pour des crimes internationaux: L'affaire Allemagne c. Italie devant la C.I.J.*, Portal Judiciaire de La Haye, en ligne : La Haye

<http://www.haguejusticeportal.net/Docs/Commentaries%20PDF/Moneta_Germany-Italy_FR.pdf>
(dernière consultation le 26 février 2016) [Moneta].

⁸¹ Ciampi, *supra* note 59 à la p 50.

⁸² *Ibid* ; Voir Milde et Botcher, Tribunal militaire di La Spezia, arrêt du 10 octobre 2006, déposé le 2 février 2007, no49 ; Milde, Corte militare d'appello, arrêt du 18 décembre 2007, déposé le 25 janvier 2008, no72 (non publiées).

⁸³ Voir par ex Ciampi, *supra* note 59 à la p 65.

⁸⁴ Moneta, *supra* note 80.

Voir Focarelli, *supra* note 57 à la p 764.

⁸⁶ Voir par ex Lee M Caplan, « State Immunity, Human Rights, and *Jus Cogens*: A Critique of the Normative Hierarchy Theory » (2003) 97:4 AJIL 741 aux pp 741-742 [Caplan].

⁸⁷ Voir Moneta, *supra* note 80.

⁸⁸ « Après son retour au Royaume-Uni, Al-Adsani intenté une poursuite contre le gouvernement du Koweït devant la Haute Cour de l'Angleterre afin d'obtenir des dommages-intérêts pour le préjudice physique et psychologique qui a subi au Koweït. Le tribunal a rejeté la poursuite pour défaut de compétence, estimant que le Koweït avait droit à l'immunité des États étrangers en vertu de la loi britannique sur l'immunité des États de 1978. Al-Adsani alors interjeté un appel de la décision de la Cour d'appel d'Angleterre, mais encore la juridiction anglaise confirmé l'immunité de l'État. Après Al-Adsani a refusé l'autorisation d'interjeter appel par la Chambre des Lords anglaise, il a déposé une

Uni, les juges minoritaires de la Cour européenne des droits de l'homme, en affirmant la nature impérative de la prohibition de la torture, soulignent que le principe de l'immunité de l'État, soit coutumière, soit conventionnelle, ne peut pas être considéré comme une règle de *jus cogens*⁸⁹. Selon les juges minoritaires :

si l'on admet que la prohibition de la torture a valeur de *jus cogens*, un État qui l'aurait enfreinte ne peut exciper de règles de rang inférieur (en l'occurrence, celles relatives à l'immunité des États) pour se soustraire aux conséquences de l'illégalité de ses actions⁹⁰.

Selon les juges :

Une règle de *jus cogens* a en effet cette caractéristique essentielle que, en tant que source du droit dans l'ordre juridique international vu sous l'angle vertical, elle est supérieure à toute autre règle n'ayant pas la même qualité. En cas de conflit entre une norme de *jus cogens* et toute autre règle du droit international, la première l'emporte. Du fait de cette primauté, la règle en cause est nulle et non avenue ou, en tout cas, ne déploie pas d'effets juridiques qui se heurtent à la teneur de la règle impérative⁹¹.

Concernant l'existence d'une hiérarchie entre les normes ordinaires et les normes impératives, on peut aussi trouver des exemples dans la jurisprudence internationale comme les opinions des juges de la Cour internationale de justice dans l'*Affaire du Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*⁹², et le jugement du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie dans l'affaire *Furundzija*⁹³.

requête auprès de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH), en faisant valoir, notamment, que le Royaume-Uni avait omis de protéger son droit de ne pas être torturé et lui avait refusé l'accès aux processus juridiques [...] [Al-Adsani] a convaincu bon nombre de juges de la Cour de préconiser une de plus en plus populaire la théorie juridique, la théorie de la hiérarchie normative». Voir Caplan, *supra* note 86 à la p 741.

⁸⁹ *Al-Adsani c Royaume-Uni* [GC], no35763/97, Opinion dissidente commune des juges Rozakis et Caflisch [2001] XI CEDH 1. , Opinion dissidente à laquelle déclarent se rallier les juges Wildhaber, Costa, Cabral Barreto et Vajil au para 2.

⁹⁰ *Ibid* au para 3.

⁹¹ *Ibid* au para 1.

⁹² *Mandat d'arrêt*, *supra* note 30.

⁹³ Dans l'*Affaire du Mandat d'arrêt* en 2002, le juge Al-Khasawneh dans son opinion dissidente affirme que: « On peut arguer que la lutte effective contre les crimes graves revêt désormais le caractère de *jus cogens* ce qui reflète la reconnaissance par la communauté internationale des intérêts et vigueurs communautaires vitaux qu'elle cherche à protéger et renforcer. En conséquence, lorsque cette norme hiérarchiquement plus élevée entre en conflit avec les règles régissant l'immunité, elle devrait prévaloir. Même si l'on parle de concilier les deux séries de règles. Il me semble que l'interprétation des immunités des responsables de haut rang devrait être beaucoup plus restrictive que celle que retient l'arrêt. Incidemment. Cette approche restrictive serait beaucoup plus conforme à la tendance maintenant fermement établie en faveur d'une notion restrictive de l'immunité de l'État, une tendance qui a éliminé l'obstacle concernant la soumission des États à la juridiction d'autres États souvent exprimé par la maxime *par in parem non habet imperium*. On voit mal pourquoi les États accepteraient que leur comportement concernant des domaines importants de leur développement, mais non le comportement criminel de leurs agents, puis se faire l'objet de procédures judiciaires à l'étranger ». *Mandat d'arrêt*, Al-Khasawneh, *supra* note 62 à la p 99 au para 7. Le juge Wyngaert aussi dans son opinion dissidente souligne que: « La Cour ne tient aucun compte de ces évolutions et n'examine pas les sources de droit pertinentes. Elle adopte au contraire un mode de raisonnement formaliste en

Il nous semble aussi que l'acceptation de l'immunité en évoquant le fait que les règles sur l'immunité sont de nature procédurale et n'entrent pas en conflit avec les règles de nature matérielle ayant valeur de *jus cogens*, ne pourrait pas être retenue. Dans ce contexte, la position de la Cour internationale de justice dans l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'État* en 2012 serait remise en cause. En effet, la Cour internationale de justice dans cette affaire dispose que :

Selon l'Italie, les règles de *jus cogens* prévalent toujours sur toute règle contraire du droit international, qu'elle figure dans un traité ou relève du droit international coutumier ; la règle en vertu de laquelle un État jouit de l'immunité devant les juridictions d'un autre État n'ayant pas le statut de *jus cogens*, elle devrait donc être écartée. Par conséquent, cet argument repose sur l'existence d'un conflit entre une règle, ou des règles, de *jus cogens* et la règle de droit coutumier qui fait obligation à un État d'accorder l'immunité à un autre. Or, de l'avis de la Cour, pareil conflit n'existe pas. À supposer, aux fins du présent examen, que les règles du droit des conflits armés qui interdisent de tuer des civils en territoire occupé ou de déporter des civils ou des prisonniers de guerre pour les astreindre au travail forcé soient des normes de *jus cogens*, ces règles n'entrent pas en conflit avec celles qui régissent l'immunité de l'État. Ces deux catégories de règles se rapportent en effet à des questions différentes. Celles qui régissent l'immunité de l'État sont de nature procédurale et se bornent à déterminer si les tribunaux d'un État sont fondés à exercer leur juridiction à l'égard d'un autre [...] ⁹⁴.

concluant d'emblée - et à tort - qu'il n'existe, en droit international coutumier, aucune exception à la règle consacrant l'immunité des ministres des affaires étrangères en exercice soupçonnés de crimes internationaux (au paragraphe 58 de l'arrêt). En adoptant cette approche, la Cour établit implicitement une hiérarchie entre les règles en matière d'immunité (qui protègent les ministres des affaires étrangères en exercice) et les règles en matière d'obligation internationale de rendre des comptes (qui veulent que toute accusation de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité portée à l'encontre de ministres des affaires étrangères en exercice fasse l'objet d'une enquête). En élevant celles-là au rang de principes de droit international coutumier dans la première partie de son raisonnement, et en concluant dans la seconde partie que celles-ci n'ont pas le même statut, la Cour n'a pas besoin de s'attacher davantage à examiner le statut du principe de l'obligation de répondre de ses actes au regard du droit international. Par conséquent, elle laisse ce principe de côté. En revanche, d'autres juridictions, comme la Chambre des lords en l'affaire *Pinochet* ou la Cour européenne des droits de l'homme en l'affaire *Al-Adsani*, se sont davantage interrogées sur la part qu'il conviendrait de faire, sur le plan normatif, entre les crimes internationaux relevant du *jus cogens* et les immunités ». *Mandat d'arrêt*, Wyngaert, *supra* note 64 à la p 146 au para 28. ; Sur la hiérarchie entre les deux types de normes, on peut également mentionner le jugement du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie dans l'affaire *Furundzija*. Dans cette affaire, le TPIY souligne : « Alors que la nature *erga omnes* dont il vient d'être question ressortit au domaine de la coercition internationale (au sens large), l'autre trait majeur du principe interdisant la torture touche à la hiérarchie des règles dans l'ordre normatif international. En raison de l'importance des valeurs qu'il protège, ce principe est devenu une norme impérative ou *jus cogens*, c'est-à-dire une norme qui se situe dans la hiérarchie internationale à un rang plus élevé que le droit conventionnel et même que les règles du droit coutumier "ordinaire". La conséquence la plus manifeste en est que les États ne peuvent déroger à ce principe par le biais de traités internationaux, de coutumes locales ou spéciales ou même de règles coutumières générales qui n'ont pas la même valeur normative ». *Furundzija*, *supra* note 13 au para 153.

⁹⁴ *Immunités juridictionnelles*, *supra* note 66 aux para 92-93.

Si on accepte qu'il n'existe pas de conflit entre les règles ordinaires et procédurales de l'immunité avec les règles impératives interdisant les violations des droits humains, le résultat sera l'acceptation des règles de l'immunité et le refus de la primauté des règles du *jus cogens*. Il apparaît que l'inexistence d'un conflit entre les deux règles ordinaires et impératives en évoquant la justification que les premiers sont de nature procédurale ne peut pas être retenue. Il existe un conflit entre les deux règles susmentionnées et on doit accepter la primauté des règles impératives. À cet égard, le juge Cançado Trindade dans son opinion dissidente dans l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'État*, en affirmant l'existence d'un conflit entre les règles procédurales de l'immunité avec les règles substantives et impératives du droit humanitaire, confirme la primauté des règles impératives sur les règles de l'immunité. Selon le juge Cançado Trindade, l'argument de la Cour internationale de justice écarte les effets et conséquences légales des règles impératives du droit humanitaire. À cet effet, le juge Cançado Trindade souligne que :

In the present Judgment, the Court's majority starts from the wrong assumption that no conflict exists, or can exist, between the substantive "rules of jus cogens" (imposing the prohibitions of "the murder of civilians in occupied territory, the deportation of civilian inhabitants to slave labour and the deportation of prisoners of war to slave labour") and the procedural "rules of State immunity". This tautological assumption leads the Court to its upholding of State immunity even in the grave circumstances of the present case. There is thus a material conflict, even though a formalist one may not be discernible. The fact remains that a conflict does exist, and the Court's reasoning leads to what I perceive as a groundless deconstruction of jus cogens, depriving this latter of its effects and legal consequences... One cannot embark on a wrongfully assumed and formalist lack of conflict between "procedural" and "substantive" rules, depriving jus cogens of its effects and legal consequences. The fact remains that a conflict does exist, and the primacy is of jus cogens, which resists to, and survives, such groundless attempt at its deconstruction. There can be no prerogative or privilege of State immunity in cases of international crimes, such as massacres of the civilian population, and deportation of civilians and prisoners of war to subjection to slave labour: these are grave breaches of absolute prohibitions of jus cogens, for which there can be no immunities⁹⁵.

Il nous semble que, la juridiction de la Cour internationale de justice dans l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'État*⁹⁶ en 2012, est un recul et néglige les développements du droit international moderne sur la protection des droits humains impératifs. Malgré la position de la Cour internationale de justice en 2012, on peut estimer que la primauté des règles impératives interdisant les violations des droits humains écarte les règles de l'immunité dans le cas où son application crée l'impunité et le déni de justice. En effet, les crimes de *jus cogens* constituent une atteinte à l'encontre de la communauté internationale dans son ensemble, et obligent les États à écarter la règle de l'immunité. À cet effet, l'acceptation de l'immunité des hauts représentants d'État ayant commis des crimes de *jus cogens* est remise en cause.

⁹⁵ *Immunités juridictionnelles*, Cançado Trindade, *supra* note 67 aux para 296 et 315.

⁹⁶ *Immunités juridictionnelles*, *supra* note 66.

IV. Le refus de l'immunité et la possibilité d'exercer la compétence universelle à l'encontre des hauts représentants d'État

A. Le refus de l'immunité substantielle et procédurale des hauts représentants d'État en exercice devant les Tribunaux pénaux internationaux

Comme il a été confirmé dans la jurisprudence des Tribunaux pénaux internationaux, ce sont des individus et non pas des entités abstraites qui sont derrière les crimes les plus graves⁹⁷. Dans ce contexte, le principe de la responsabilité pénale individuelle des représentants d'État est confirmé dans les statuts des Tribunaux pénaux internationaux. À cet effet, selon les *Principes de Nuremberg* : « Le fait que l'auteur d'un acte qui constitue un crime de droit international a agi en qualité de chef d'État ou de gouvernant ne dégage pas sa responsabilité en droit international⁹⁸ ». Aussi, en vertu de l'article 7 du *Statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie* : « 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 peine⁹⁹ ». L'article 27 du *Statut de la Cour pénale internationale* aussi dispose que :

Le présent Statut s'applique à tous de manière égale, sans aucune distinction fondée sur la qualité officielle. En particulier, la qualité officielle de chef d'État ou de gouvernement, de membre d'un gouvernement ou d'un parlement, de représentant élu ou d'agent d'un État, n'exonère en aucun cas de la responsabilité pénale au regard du présent Statut, pas plus qu'elle ne constitue en tant que telle un motif de réduction de la peine¹⁰⁰.

Le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie dans sa jurisprudence, confirme le fait que le principe de la responsabilité pénale individuelle des chefs d'État et hauts représentants d'État, prévu dans les statuts des Tribunaux pénaux internationaux, est déclaratoire du droit international coutumier¹⁰¹. Dans le cadre de la

⁹⁷ Tribunal militaire international, *Procès des grands criminels de guerre devant le Tribunal militaire international. Nuremberg*, 14 novembre 1945-1er octobre 1946, vol 22, 1949 à la p 496 ; Voir aussi *Furundzija*, *supra* note 13 au para 140.

⁹⁸ « Principes de droit international consacrés par le Statut de Nuremberg et dans le jugement de ce tribunal » *Report of the International Law Commission to the General Assembly on the work of its second session* (Doc NU) dans l'*Annuaire de la Commission du droit international 1950*, vol 2, principe III. ; Selon l'article 7 du Statut du tribunal de Nuremberg (8 août 1945): « La situation officielle des accusés, soit comme chef d'État, soit comme hauts fonctionnaires, ne sera considérée ni comme une excuse absolutoire, ni comme un motif de diminution de la peine ». *Statut du tribunal militaire international*, 8 août 1945, 82 RTNU 279 art 7.

⁹⁹ Voir *Statut du Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie*, Doc off CS NU, 3217e séance, Doc NU S/RES/827 (1993) art 7 (2) ; Voir aussi *Statut du Tribunal international pour le Rwanda*, Doc off CS, 3453e séance, Doc NU S/RES/959 (1994), art 6(2) et l'article 6(2) du *Statut du Tribunal spécial pour la Sierra Leone* (14 août 2000).

¹⁰⁰ *Statut de Rome*, *supra* note 17 art 27 (1).

¹⁰¹ *Furundzija*, *supra* note 13 au para 140.

jurisprudence des Tribunaux pénaux internationaux, on constate que le refus de l'immunité est le résultat de la reconnaissance de la responsabilité pénale individuelle des hauts représentants d'État. À cet égard le *Statut de la Cour pénale internationale*, après avoir affirmé la responsabilité pénale individuelle, dispose que :

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 personne¹⁰².

Le *Statut de Rome de la Cour pénale internationale* et les statuts des Tribunaux pénaux internationaux refusent l'immunité substantielle et l'immunité procédurale des hauts représentants d'État¹⁰³. À cet effet, un chef d'État ou un chef de gouvernement en exercice peut être jugé devant la justice internationale. À titre d'exemple, l'acte d'accusation à l'encontre de Slobodan Milosevic est formulé par le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie lorsque l'accusé était le Président de la République fédérale de Yougoslavie et un chef d'État en exercice¹⁰⁴. On peut aussi mentionner les mandats d'arrêt de la Cour pénale internationale à l'encontre du Président soudanais Omar Al Bashir. Dans le premier Mandat d'arrêt du 4 mars 2009¹⁰⁵, Omar Al-Bashir, en tant que Président et Commandant en chef des forces armées du Soudan, est accusé d'avoir commandité, planifié et encouragé la perpétration des crimes les plus odieux. Le Mandat d'arrêt délivré à l'encontre d'Omar Al Bashir met en cause sa responsabilité pénale individuelle au sens de l'article 25(3)a du *Statut de Rome* en tant que coauteur ou auteur indirect des crimes contre l'humanité et les crimes de guerre¹⁰⁶. Dans le deuxième mandat d'arrêt du 12

¹⁰² Voir *Statut de Rome*, *supra* note 17 art 27(2).

¹⁰³ Voir par ex Amnesty International, *UK : The Pinochet case - Universal jurisdiction and absence of immunity for crimes against humanity*, Amnesty International publications, janvier 1999, à la p 33, en ligne : <https://www.amnesty.org/en/documents/eur45/001/1999/en/> ; Voir aussi Bassiouni, *supra* note 29 aux pp 84-86 ; Dans l'affaire *Le Procureur c. Charles Ghankay Taylor*, le Tribunal spécial pour la Sierra Leone souligne que: « le principe de l'immunité des États résulte de l'égalité entre États souverains et ne s'applique dès lors pas devant les tribunaux pénaux internationaux qui ne sont pas les organes d'un État mais tiennent leur mandat de la communauté internationale » ; *Prosecutor v Charles Ghankay Taylor*, Tribunal spécial pour la Sierra Leone, SCSL-2003-01-I (3014-3039), 31 mai 2004. Voir aussi *Immunité c. Responsabilité*, *supra* note 52 à la p 10.

¹⁰⁴ *Le Procureur c Milan Milutinović, Nikola Šainović, Dragoljub Ojdanić, Nebojša Pavković, Vladimir Lazarević et Sreten Lukić (Milutinović et consorts)*, IT-99-37, Acte d'accusation initial, (22 mai 1999) (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie) ; Voir aussi Cassese et Delmas-Marty, *supra* note 25 à la p 227.

¹⁰⁵ *Le Procureur c Omar Hassan Ahmad Al Bashir (affaire Al Bashir)*, ICC-02/05-01/09, (4 mars 2009) (Cour pénale internationale, premier mandat d'arrêt).

¹⁰⁶ *Ibid* ; C'est le premier mandat d'arrêt émis par la Cour pénale internationale à l'encontre d'un chef d'État en exercice. Le Procureur de la CPI accuse Al Bashir d'avoir planifié et ordonné le crime de génocide (meurtres de membres des groupes ethniques Four, Masalit et Zaghawa; atteinte grave à l'intégrité mentale des membres des mêmes groupes; soumission intentionnelle des groupes à des conditions d'existence devant entraîner leur destruction partielle), des crimes contre l'humanité (y compris des actes de meurtre, extermination, transfert forcé de population, torture et viol) et des crimes de guerre (attaques visant intentionnellement la population civile et pillage). La Chambre préliminaire I a estimé qu'il existe des « motifs raisonnables de croire » que Al-Bashir se serait rendu coupable de meurtre, extermination, transfert forcé de population, torture et viol qualifiés de crimes contre l'humanité et d'attaques intentionnelles contre la population civile et pillages, constitutifs de crimes de guerre. La

juillet 2010, la Cour pénale internationale affirme qu'Omar Al Bashir (toujours chef d'État en exercice) est pénalement responsable du crime de génocide et demande son arrestation¹⁰⁷.

B. Le refus de l'immunité substantielle et procédurale des hauts représentants d'État en exercice devant les Tribunaux nationaux

La distinction entre l'immunité substantielle et l'immunité procédurale n'est pas pertinente dans le cas des crimes les plus graves. En effet, si on accepte que dans le cas des crimes de *jus cogens*, les hauts représentants des États soient pénalement responsables et qu'ils ne peuvent bénéficier de l'immunité substantielle ensuite, on ne peut pas permettre que ces derniers bénéficient de l'immunité procédurale pendant la période où ils sont en fonction. À cet égard, la Commission du droit international, dans son commentaire sur l'article 7 du *Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité*¹⁰⁸ de 1996, souligne que :

Comme le Tribunal de Nuremberg l'a reconnu dans son jugement, le principe du droit international qui protège les représentants d'un État dans certaines circonstances ne peut pas s'appliquer aux actes qui constituent des crimes de droit international. De ce fait, nul ne peut invoquer sa qualité officielle pour s'exonérer de sa responsabilité à l'égard d'un tel acte. Le Tribunal de Nuremberg a en outre reconnu dans son jugement que l'auteur d'un crime de droit international ne peut invoquer sa qualité officielle pour se soustraire à la procédure normale et se mettre à l'abri du châtement. L'absence de toute immunité procédurale permettant de se soustraire aux poursuites ou au châtement dans le cadre d'une procédure judiciaire appropriée constitue un corollaire essentiel de l'absence de toute immunité substantielle ou de tout fait justificatif. Il serait paradoxal que l'intéressé ne puisse pas invoquer sa qualité officielle pour s'exonérer de sa responsabilité pénale, mais puisse l'invoquer pour se soustraire aux conséquences de cette responsabilité¹⁰⁹.

Chambre préliminaire I était d'avis qu'il y a des motifs raisonnables de croire que de mars 2003 au 14 juillet 2008 au moins, le Darfour a connu un conflit armé ne présentant pas un caractère international, qui a opposé de manière prolongée le Gouvernement soudanais et plusieurs groupes armés organisés, en particulier le Mouvement Armé de Libération du Soudan (MALS) et le Mouvement pour la Justice et l'Égalité (MJE). Une composante centrale de cette campagne consistait à attaquer illégalement la partie de la population civile du Darfour appartenant principalement aux groupes Four, Massalit et Zaghawa, qui était considérée comme proche des groupes armés organisés s'opposant au Gouvernement soudanais au Darfour. Au cours de cette campagne anti-insurrectionnelle, les forces du Gouvernement soudanais auraient commis des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre.

¹⁰⁷ *Le Procureur c Omar Hassan Ahmad Al Bashir (affaire Al Bashir)*, ICC-02/05-01/09, (12 juillet 2010) (Cour pénale internationale, deuxième mandat d'arrêt).

¹⁰⁸ *Projet de code*, *supra* note 43 art 7.

¹⁰⁹ Rapport ILC A/51/10, *supra* note 44 à la p 28 ; Selon l'article 7 du *Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité* de 1996: « 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 » *Ibid.*

Considérant la position de la Commission du droit international et l'évolution du droit pénal international sur la confirmation de la responsabilité pénale individuelle et le refus de l'immunité procédurale, on pourrait toujours nous demander :

Est-ce que la distinction de l'immunité substantielle et l'immunité procédurale, ainsi que l'application de l'immunité procédurale en juridiction interne, sont compatibles avec l'évolution du droit pénal international sur la protection efficace des droits humains impératifs ?

La réponse à cette question semble négative. À cet égard, le juge Al-Khasawneh dans l'*Affaire du Mandat d'arrêt* de 2002, en invoquant le commentaire de la Commission du droit international par rapport à l'article 7 du *Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité*, affirme qu'il n'y a pas une distinction entre l'immunité substantielle et l'immunité procédurale devant les juridictions internes¹¹⁰. Aussi, dans son opinion dissidente dans l'*Affaire du Mandat d'arrêt* en 2002, le juge Wyngaert à propos du refus de l'immunité procédurale souligne que :

[...] lorsque des crimes internationaux tels que des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité sont commis, l'immunité ne saurait faire obstacle à l'instruction desdits crimes ou aux poursuites de leur auteur. Peu importe que la procédure soit engagée à l'échelle nationale ou internationale¹¹¹.

Selon le juge Wyngaert : « L'article 7 du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité de 1996 de la Commission du droit international, qui concerne les juridictions pénales nationales et internationales, confirme cette interprétation¹¹² ».

Mais si on considère que le refus de l'immunité procédurale devant les juridictions internes est une mesure importante et efficace pour réprimer les crimes de *jus cogens*¹¹³, pourrait-on affirmer la possibilité de l'exercice de la compétence universelle devant les Tribunaux nationaux à l'encontre des hauts représentants des États en droit international en vigueur ? La possibilité de poursuite juridique des tribunaux internes à l'encontre des anciens chefs d'État, chefs de gouvernement et ministres, suspectés d'avoir commis les crimes les plus graves est bien cristallisée en

¹¹⁰ *Mandat d'arrêt*, Al-Khasawneh, *supra* note 62 à la p 98 au para 5.

¹¹¹ *Mandat d'arrêt*, Wyngaert, *supra* note 64 à la p 159 au para 31.

¹¹² *Ibid* au para 32.

¹¹³ Selon Amnesty International: « Aucune immunité ne doit être attachée à la qualité officielle d'une personne. Les organes législatifs devraient veiller à ce que leurs tribunaux nationaux aient compétence à l'égard de toute personne soupçonnée ou accusée de crimes graves internationaux, quelle que soit la qualité officielle du suspect ou de l'accusé au moment où le crime est censé avoir été commis ou par la suite. Toute législation interne qui prévoit des poursuites pour les crimes graves au regard du droit international devrait s'appliquer à tous de manière égale sans aucune distinction fondée sur la qualité officielle présente ou passée, qu'il s'agisse d'un chef d'État ou de gouvernement, d'un membre du gouvernement ou du Parlement ou d'un représentant élu ou de toute autre personne agissant en tant qu'agent de l'État ». Amnesty, compétence universelle, *supra* note 23 à la p 4.

droit international en vigueur¹¹⁴. L'un des exemples frappants de poursuite d'un ancien dirigeant étranger, est la décision de la Chambre des Lords britanniques dans l'affaire *Pinochet* du 24 mars 1999, où il a été confirmé que les anciens chefs d'État ne bénéficient pas de l'immunité pour le crime de torture¹¹⁵. Un autre exemple serait bien le mandat d'arrêt international du 19 septembre 2005, décerné par le juge d'instruction belge à l'encontre de Hissene Habré, l'ancien président tchadien, inculpé comme auteur ou coauteur de violations graves du droit international humanitaire, d'actes de tortures, du crime de génocide, de crimes contre l'humanité et de crimes de guerre. On peut concevoir que les crimes de *jus cogens* ne peuvent pas être immunisés par la doctrine de l'acte de l'État. Autrement dit, d'anciens dirigeants étrangers pourraient être poursuivis par les juridictions internes pour les crimes graves, même s'ils ont commis lesdits crimes à l'occasion des fonctions officielles. Dans ce cas, l'exercice de la compétence universelle remet en cause l'idée que les anciens hauts représentants d'État ne peuvent pas être poursuivis pour tous les actes qu'ils ont commis à titre officiel¹¹⁶.

Si on accepte que les anciens chefs d'État et chefs de gouvernement puissent être poursuivis, on peut nous demander pourquoi les hauts représentants d'État en exercice restent impunis et ne peuvent pas faire l'objet de poursuite devant des juridictions internes des États tiers? Concernant la poursuite des hauts représentants d'État en exercice, la Cour internationale de justice dans son arrêt dans l'*Affaire du Mandat d'arrêt* en 2002, après avoir confirmé l'immunité procédurale d'un ministre des affaires étrangères en exercice, souligne que ladite personne ne peut bénéficier de l'immunité de juridiction pénale dans son propre pays. Selon la Cour internationale de justice, l'État d'origine d'un ministre des affaires étrangères peut le traduire en

¹¹⁴ Voir par ex Committee on International Human Rights and Practice, International Law Association, « Final Report on the Exercise of Universal Jurisdiction in Respect of Gross Human Rights Offences », Report of the Sixty-Eighth ILA Conference, présenté à London, 2000 ; Selon l'article 227 du Traité de Versailles de 1919: « Les puissances alliées et associées mettent en accusation publique Guillaume II de Hohenzollern, ex-empereur d'Allemagne, pour offense suprême contre la morale internationale et l'autorité sacrée des traités. Un tribunal spécial sera constitué pour juger l'accusé en lui assurant les garanties essentielles du droit de défense. Il sera composé de cinq juges, nommés par chacune des cinq puissances suivantes, savoir les États-Unis d'Amérique, la Grande-Bretagne, la France, l'Italie et le Japon. Le tribunal jugera sur motifs inspirés des principes les plus élevés de la politique entre les nations avec le souci d'assurer le respect des obligations solennelles et des engagements internationaux ainsi que de la morale Internationale. Il lui appartiendra de déterminer la peine qu'il estimera devoir être appliquée. Les puissances alliées et associées adresseront au Gouvernement des Pays-Bas une requête le priant de livrer l'ancien empereur entre leurs mains pour qu'il soit jugé », voir *Traité de Versailles*, 28 juin 1919 (entrée en vigueur : 10 janvier 1920), art 227.

¹¹⁵ Voir *R c Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, Ex Parte Pinochet Ugarte*, [1999] UKHL 3 ; Les anciens dirigeants pourraient être poursuivis par des Tribunaux pénaux internationaux et internes. A titre d'exemple, Milan Milutinovic, président de la Serbie de décembre 1997 à décembre 2002, a été inculpé en mai 1999. Il a été rendu au TPIY en janvier 2003. Aussi, l'ancien président du Libéria, Charles Taylor, est jugé par la Cour spéciale de Sierra Léone (TSSL) pour son rôle dans le conflit sierra-léonais.

¹¹⁶ Cette vision est bien acceptée par les juridictions américaines en exerçant l'Alien Tort Claim Act (ATCA). Voir Jean-François Flauss, « Compétence civile universelle et droit international général » dans Christian Tomuschat et Jean-Marc Thouvenin, dir, *The Fundamental Rules of the International Legal Order Jus Cogens Obligation Erga Omnes*, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, 385 aux pp 401-402.

justice. La Cour internationale de justice affirme également qu'un ministre des affaires étrangères en exercice peut faire l'objet de poursuites pénales devant les Tribunaux pénaux internationaux. Aussi, la Cour internationale de justice constate qu'un ministre des affaires étrangères en exercice, en cas de cessation de ses fonctions, ne bénéficie plus de la totalité des immunités de juridiction¹¹⁷.

Si on accepte qu'un ministre des affaires étrangères ou un chef d'État soient immunisés devant les juridictions internes des États tiers, cette immunité dans certains cas conduit à une impunité de fait¹¹⁸. À cet effet, on pourrait imaginer qu'un génocide soit orchestré par un chef d'État et que le pays d'origine de cette personne, pour différentes raisons, ne veuille ou ne puisse pas la traduire en justice. Aussi, on pourrait imaginer qu'un chef d'État ayant eu un rôle important dans la perpétration d'un génocide ne puisse pas être poursuivi par des Tribunaux pénaux internationaux. En effet, la compétence *ratione loci*, *ratione temporis* et *ratione personae* des Tribunaux pénaux internationaux comme le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie et le Tribunal pénal international pour le Rwanda est limitée. Aussi, la Cour pénale internationale, sauf dans les cas exceptionnels¹¹⁹, n'a pas la compétence de juger les hauts représentants des États. On pourrait aussi constater que dans certains pays, selon la constitution, un chef d'État (même génocidaire) est président à vie. Dans ce cas, si on affirme qu'un chef d'État a une immunité procédurale, on crée une immunité et une impunité perpétuelle pour le président à vie qui est (probablement) derrière un génocide. On peut estimer que dans les cas susmentionnés, l'exercice de la compétence universelle par les juridictions internes des États tiers à l'encontre des hauts représentants des États en exercice est une nécessité pour lutter contre l'impunité. Hormis la question de la nécessité d'exercer la compétence universelle pour lutter contre l'impunité, il nous semble que l'acceptation de l'immunité procédurale pour certains représentants des États ainsi que l'interdiction de la poursuite à l'encontre des hauts représentants des États en exercice, sont remises en cause. Dans ce contexte, on peut mentionner les positions dissidentes des juges de la Cour internationale de justice dans l'*Affaire du Mandat d'arrêt* en 2002, qui refusent l'existence d'une règle claire et bien établie en droit international à l'égard de l'immunité et de l'inviolabilité des hauts représentants des États en exercice. À cet effet, selon le juge Wyngaert :

[I]l n'existe aucune règle de droit international coutumier mettant les ministres en exercice à l'abri de poursuites pénales. La courtoisie internationale et la sagesse politique commandent peut-être une certaine modération, mais le droit international positif ne fait nullement obligation aux États de s'abstenir d'exercer leur compétence à l'égard de ministres des affaires étrangères en exercice soupçonnés de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité¹²⁰.

¹¹⁷ *Mandat d'arrêt*, *supra* note 30 à la p 26 au para 61.

¹¹⁸ *Mandat d'arrêt*, Wyngaert, *supra* note 64 à la p 160 aux para 34-38.

¹¹⁹ Selon l'article 13 du Statut de Rome de 1998: « La Cour peut exercer sa compétence à l'égard d'un crime visé à l'article 5, conformément aux dispositions du présent Statut [...] b) Si une situation dans laquelle un ou plusieurs de ces crimes paraissent avoir été commis est déferée au Procureur par le Conseil de sécurité agissant en vertu du chapitre VII de la Charte des Nations Unies [...] » *Statut de Rome*, *supra* note 17 art 13.

¹²⁰ *Mandat d'arrêt*, Wyngaert, *supra* note 64 à la p 143 au para 10.

Le juge Wyngaert affirme également que :

[...] si un ministre des affaires étrangères en exercice bénéficie bien d'immunités, celles-ci ne trouvent pas leur origine dans le droit international coutumier, mais relèvent tout au plus de la courtoisie internationale. Ces immunités ne sont certainement pas « totales » ou absolues et ne sauraient s'appliquer en cas de crimes de guerre ou de crimes contre l'humanité¹²¹.

Les juges Al-Khasawneh et Oda soulignent aussi dans leur opinion dissidente que l'immunité de juridiction pénale des hauts représentants d'État comme le ministre des affaires étrangères n'est pas claire et bien établie en vertu du droit international en vigueur¹²². Les positions concernant l'origine incertaine de l'immunité procédurale des hauts représentants d'État et l'absence d'une règle de droit international positif interdisant la poursuite pénale des crimes les plus graves complètent les positions des jurisprudences internes et internationales sur la limitation de l'immunité de l'État responsable de crimes les plus graves.

On peut estimer que le refus de l'immunité procédurale des hauts représentants d'État en exercice dans les cas des crimes de *jus cogens* est une démarche pour appliquer une obligation de nature *erga omnes*. Pour lutter contre l'impunité, l'exercice de la compétence universelle à l'encontre des hauts représentants d'État en exercice serait une mesure efficace pour protéger les intérêts généraux de la communauté internationale dans son ensemble. Dans ce cadre, il existe une exigence pour tous les États de poursuivre n'importe quelle personne ayant commis des crimes de *jus cogens*¹²³. À cet égard, l'exercice de la compétence universelle aux niveaux préliminaires à l'encontre des dirigeants étrangers en exercice, ne peut être considéré comme une ingérence dans les affaires intérieures des autres États ou comme une attaque contre le principe de souveraineté étatique. À cet effet, une mesure comme l'ouverture d'une enquête à l'encontre des hauts représentants d'État en exercice ayant commis des crimes de *jus cogens* ne peut pas être considérée comme une mesure d'exécution et illicite¹²⁴. En effet, il faut distinguer l'exercice de la compétence universelle pour les procédures préliminaires, à savoir, mener des enquêtes sur les crimes de *jus cogens* commis à l'étranger en l'absence de la présence du suspect sur le territoire national, lancer un mandat d'arrêt contre un étranger se trouvant à l'extérieur de l'État du for, ou bien demander son extradition ; de l'exercice de la compétence universelle pour les procédures principales, à savoir le procès. Ainsi, l'exercice de la compétence universelle absolue aux niveaux préliminaires à l'encontre des hauts représentants d'État en exercice est théoriquement et pratiquement possible et est une réaction efficace à l'encontre du crime de *jus cogens* commis à l'extérieur du territoire de l'État du for.

¹²¹ *Ibid* à la p 165 au para 39.

¹²² *Mandat d'arrêt*, Al-Khasawneh, *supra* note 62 à la p 96, para 1. ; *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c Belgique)*, Opinion dissidente du juge Oda, [2002] CIJ rec 46à la p 53 au para 14.

¹²³ Voir par ex *Immunité c. Responsabilité*, *supra* note 52 à la p 59. Voir aussi Focarelli, *supra* note 57 à la p 775.

¹²⁴ Voir *Mandat d'arrêt*, Al-Khasawneh, *supra* note 62 à la p 98 au para 4.

Dans le cas des crimes de *jus cogens*, tous les États membres de la communauté internationale sont affectés et lésés par les préjudices en question. On peut estimer que le caractère impératif de l'interdiction des crimes graves permet aux États d'exercer la compétence universelle, afin de respecter leur obligation *erga omnes* découlant des normes impératives. Dans le cadre de l'exercice de la compétence universelle, le principe de l'immunité ne doit pas être considéré comme un obstacle pour poursuivre les crimes de *jus cogens* commis à l'étranger. Concernant le principe de l'immunité de juridiction, il nous paraît que l'immunité ne couvre ni les actes *jure gestionis* ni les actes *jure imperii* dans le cas des crimes de *jus cogens*. En effet, la distinction entre les actes *jure imperii* et les actes *jure gestionis* ainsi que la justification de l'immunité en évoquant les actes *jure imperii* dans les cas de crimes de *jus cogens*, ne peuvent pas être acceptées. Il nous semble qu'il y ait une hiérarchie entre les normes ordinaires, celles de l'immunité et les normes supérieures, celles du *jus cogens*. Les règles ordinaires et procédurales de l'immunité doivent être écartées dans les cas de crimes de *jus cogens* et, suite à cela, la juridiction interne peut exercer la compétence universelle. Il nous paraît aussi qu'on ne peut pas faire de distinction entre l'immunité substantielle et l'immunité procédurale dans le cas des crimes de *jus cogens*. Dans ce cadre, l'immunité procédurale peut être écartée dans le cas des crimes de *jus cogens*, et les États peuvent exercer la compétence universelle à l'égard de hauts représentants des autres États suspectés d'avoir commis des crimes de *jus cogens*. À cet effet, les États, en exerçant leur compétence universelle absolue, pourraient déclencher une enquête à l'encontre des hauts représentants des États étrangers en exercice. Aussi, la juridiction interne peut lancer un mandat d'arrêt à l'encontre des hauts représentants d'État responsables de crimes de *jus cogens*. L'exercice de la compétence universelle absolue aux niveaux préliminaires à l'encontre des dirigeants étrangers en exercice montre que les crimes de *jus cogens* ne seront pas impunis. On peut estimer que l'exercice de la compétence universelle à l'encontre des hauts représentants d'État en exercice est une mesure efficace afin de lutter contre l'impunité et d'agir de la part de la communauté internationale dans son ensemble.