

UNIVERSITE DE LAUSANNE

ECOLE DE DROIT

FACULTE DE DROIT, DES SCIENCES CRIMINELLES

ET D'ADMINISTRATION PUBLIQUE

**Les règles sur l'immunité de la Cour pénale internationale
et les obligations des Etats en vertu du droit
international coutumier**

MEMOIRE

présenté

par

Maha Meier

sous la direction du Professeur

Andreas R. Ziegler

Lausanne, le 21 mai 2018

Table des matières

Table des abréviations	III
1. Introduction.....	1
2. Les immunités.....	3
2.1. L’immunité de juridiction de l’Etat	3
2.2. L’immunité des représentants d’un Etat	5
2.2.1. Les immunités personnelles	6
2.2.1.1. La notion d’immunités personnelles	6
2.2.1.2. Les effets des immunités personnelles	7
2.2.2. Les immunités fonctionnelles	8
2.2.3. Les exceptions aux immunités	8
2.2.3.1. Un débat controversé.....	8
2.2.3.2. La position de la CIJ : l’affaire du mandat d’arrêt	10
2.2.3.3. L’évolution historique	11
3. Les sources juridiques des immunités.....	13
3.1. Les immunités prévues par le droit fédéral ou cantonal suisse.....	13
3.2. Les Conventions internationales relatives aux immunités	14
3.2.1. La Convention de Vienne sur les relations diplomatiques du 18 avril 1961	14
3.2.2. La Convention de Vienne sur les relations consulaires du 24 avril 1963	15
3.2.3. La Convention de New York sur les missions spéciales du 8 décembre 1969....	15
3.2.4. L’Accord sur les privilèges et immunités de l’Organisation des Nations Unies conclu entre le Conseil fédéral suisse et le Secrétaire général de l’Organisation des Nations Unies des 11 juin et 1 ^{er} juillet 1946.....	16
3.2.5. La résolution de l’Institut de droit international	16
3.3. Le droit international coutumier régissant les immunités des chefs d’Etat et des ministres.....	17
4. Le respect des règles de droit international coutumier	19
5. Le Statut de Rome.....	20
5.1. La mise en cause exclusive de la responsabilité pénale individuelle devant la CPI.....	20
5.2. L’exclusion des immunités devant la CPI et les limites au principe.....	21
5.2.1. Le défaut de pertinence de la qualité officielle : l’article 27 du Statut de Rome. 21	
5.2.1.1. L’application du principe de la non-pertinence de la qualité officielle	21
5.2.1.2. La codification d’un principe de droit coutumier international	23
5.2.1.3. La ratification du Statut de Rome par les Etats : préambule de la compétence de la CPI	24
5.2.1.4. Les législations ou les Constitutions nationales à l’appui de la poursuite des hauts responsables de l’Etat	24
5.2.2. La coopération en relation avec la renonciation à l’immunité et le consentement à la remise : l’article 98 du Statut de Rome	25
5.2.2.1. Le compromis entre les contradictions des dispositions de l’articles 27-2 et de l’article 98-1 du Statut de Rome.....	26

5.2.2.2. Les accords bilatéraux faisant échec à la compétence de la CPI pour les ressortissants américains sur le fondement de l'article 98-2 du Statut de Rome.....	27
5.2.2.2.1. Les accords internationaux pouvant faire échec à la compétence de la CPI.....	28
5.2.2.2.2. La qualité des personnes visées par l'exonération de l'article 98-2 du Statut de Rome.....	29
5.3. La compétence de la CPI en matière de crimes internationaux	31
5.4. L'immunité reconnue par le Statut de Rome	32
5.5. Le refus de certains Etats de ratifier le Statut de Rome : La différence entre les Etats parties et les Etats non parties	33
5.5.1. Les Etats tiers au Statut de Rome	33
5.5.1.1. Les immunités personnelles des officiels des Etats tiers au Statut de Rome ..	33
5.5.1.2. Les fonctions attribuées à la CPI.....	34
5.5.2. La vision de la CPI et des juridictions internationales.....	34
5.5.3. Les pouvoirs attribués aux Etats et à leurs juridictions.....	35
6. La compétence subsidiaire de la CPI	36
6.1. La compétence des autorités nationales en matière de poursuite pénale pour le crime de génocide, les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité.....	36
6.2. La compétence de la CPI en cas d'inertie des Etats.....	37
7. L'écartèlement des Etats entre le respect du statut de Rome et le respect de l'immunité internationale.....	38
8. Le cas épineux et controversé du Président Omar Al Bashir	39
8.1. La prise de position du Conseil de sécurité des Nations Unies.....	39
8.2. La prise de position de la CPI	41
8.3. La prise de position des autorités nationales (Afrique du Sud)	42
8.4. « L'écartèlement induit par les engagements de la double-présence à deux institutions internationales »	44
8.5. Un problème plus diplomatique que juridique ?.....	45
9. Conclusion.....	47
Bibliographie.....	V
Remerciements.....	XI

Table des abréviations

Art. :	Article
Al. :	Alinéa
CEDH :	Convention européenne des droits de l’homme
CIJ :	Cour internationale de justice
CourEDH :	Cour européenne des droits de l’homme
CPI :	Cour pénale internationale
Cst :	Constitution fédérale suisse du 18 avril 1999
DFJP :	Département fédéral de justice et police
<i>Ibid.</i> :	<i>Ibidem</i> (référence précédente)
LCPI :	Loi fédérale sur la coopération avec la Cour pénale internationale du 22 juin 2001
LRCF :	Loi fédérale sur la responsabilité de la Confédération, des membres de ses autorités et de ses fonctionnaires du 14 mars 1958
N° :	Numéro
N ^{os} :	Numéros
ONG :	Organisation non gouvernementale
ONU :	Organisation des Nations unies

<i>Op. cit.</i> :	<i>Opus citatum</i> (l'œuvre indiquée)
Par. :	Paragraphe
SCSL :	Tribunal spécial pour la Sierra Leone
SOFA :	Status of Forces Agreement
Statut de Londres :	Statut de Londres du Tribunal militaire international du 8 août 1945
Statut de Rome :	Statut de Rome de la Cour pénale internationale du 17 juillet 1998
TMI :	Tribunal militaire international de Nuremberg
TPF :	Tribunal pénal fédéral
TPIR :	Tribunal pénal international pour le Rwanda
TPIY :	Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie
UA :	Union africaine
UE :	Union européenne

1. Introduction

Le traité international nait de l'émanation de volontés d'au moins deux parties, il est défini comme la « *manifestation de volontés concordantes imputables à deux ou plusieurs sujets de droit international et destiné à produire des effets de droit selon les règles du droit international* »¹. Les Etats et les organisations internationales tiennent particulièrement au « *respect et à la stabilité des traités qui les lient* »², c'est l'application de la règle *pacta sunt servanda* qui est « *un axiome fondateur du droit international* »³. La CPI est née d'une volonté commune des Etats, de mettre fin à l'impunité et aux atrocités humaines commises par les guerres successives, au travers de leur adhésion au Statut de Rome, conclu le 17 juillet 1998. La répression internationale est le résultat de la volonté de la communauté internationale de lutter contre l'impunité liée à la commission des crimes les plus graves, faisant parties du *jus cogens*.

Rappelons que la conscience de l'humanité a été ébranlée pour la première fois à l'issue de la seconde guerre mondiale, lorsqu'en 1945 les atrocités perpétrées durant le régime nazi ont été révélées. Devant la gravité de ces crimes, il est apparu fondamental, aux Alliés, de mettre en place un Tribunal militaire international chargé de juger et de condamner les hauts responsables du régime, accusés de crimes de guerre, de crime contre la paix et de crimes contre l'humanité. Le TMI est encore aujourd'hui le symbole d'une volonté commune de préserver la paix et de combattre l'impunité, au travers d'une justice pénale internationale permettant la poursuite pénale des auteurs de ces crimes, qui se caractérisent par leur gravité.

Cependant, la justice internationale est entrée en sommeil jusqu'à la commission des atrocités de masse et l'institution du TPIY, en 1993, afin de juger les responsables des crimes commis dans les Balkans à partir des années 1990⁴ et du TPIR, en 1994, afin de juger les responsables des violations du droit international humanitaire commises au Rwanda et sur les territoires

¹ PAUL REUTER, *Introduction au droit des traités*, Paris 1995, PUF, p. 26, n° 64.

² CAROLINE LALY-CHEVALIER, *La violation du traité*, Bruxelles 2005, Bruylant, p. 1.

³ *Ibid.*, p. 2.

⁴ Le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Le Tribunal en bref, Nations Unies/Mécanisme pour les Tribunaux pénaux internationaux : <http://www.icty.org/fr/le-tribunal-en-bref> (consulté le 2 mai 2018).

voisins entre le 1^{er} janvier 1994 et le 31 décembre 1994⁵. Ces Tribunaux *ad hoc* ont joué un rôle majeur dans l'instauration d'un système international de justice pénale crédible et, notamment, l'imputabilité d'une responsabilité pénale individuelle pour les crimes internationaux sanctionnés par le Statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie et par le Statut du Tribunal pénal international pour le Rwanda. La création des tribunaux internationaux est l'exemple le plus parlant de l'instauration du droit impératif interdisant le génocide et les crimes contre l'humanité comprenant notamment l'interdiction de la torture⁶.

La CPI est la première Cour pénale internationale permanente et indépendante, créée afin de mettre un terme à l'impunité des auteurs des crimes internationaux, elle est entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2002. La compétence de la CPI exclut de pouvoir invoquer les immunités liées aux auteurs, eu égard à la qualité officielle. La communauté internationale dans sa grande majorité, au travers de ses aspirations, considère qu'il est nécessaire de poursuivre et de condamner les auteurs des crimes internationaux, soit, les crimes de génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre, mettant en péril le fondement même du respect de la vie humaine comme principe fondateur de toute civilisation, afin de combattre l'impunité et de maintenir une paix durable. A ce jour, 123 Etats⁷ sont parties au Statut de Rome, c'est-à-dire qu'ils l'ont signé et ratifié. Il y a quatre procédures pendantes devant la CPI, mettant en cause l'Ouganda, la République démocratique du Congo (RDC), le Darfour et la République centrafricaine⁸. La CPI constitue un tournant dans le rôle accordé au victime, comme en témoigne le deuxième paragraphe du Préambule du Statut de Rome⁹ : « *[Les Etats parties au présent Statut,] ayant à l'esprit qu'au cours de ce siècle, des millions d'enfants, de femmes et d'hommes ont été victimes d'atrocités qui défient l'imagination et heurtent profondément la conscience humaine* », par conséquent, la CPI a comme fondement la volonté commune de mettre un terme à l'impunité des auteurs des crimes les plus graves qui touchent l'ensemble de la communauté internationale, comme en témoigne les valeurs et les objectifs consacrés dans le Préambule du Statut de Rome.

⁵ Le Tribunal pénal international pour le Rwanda, Le Tribunal en bref, Nations Unies/Mécanisme pour les Tribunaux pénaux internationaux : <http://unictr.unmict.org/fr/tribunal> (consulté le 2 mai 2018).

⁶ TPF 2012.97, consid. 5.3.5.

⁷ Selon les données fournies par la CPI : https://asp.icc-cpi.int/fr_menus/asp/states%20parties/pages/the%20states%20parties%20to%20the%20rome%20statute.aspx (consulté le 3 mai 2018).

⁸ Jean-Baptiste Jeangène Vilmer, *Réparer l'irréparable : les réparations aux victimes devant la CPI*, Presses Universitaires de France 2009, p. 2.

⁹ RS 0.312.1.

Les immunités des hauts représentants des Etats ont été consacrées par certaines conventions mais surtout par le droit international coutumier. Cependant, l'institution de la CPI rejette le postulat selon lequel les immunités des officiels peuvent entraver l'action pénale lorsqu'il existe des soupçons permettant de croire à la commission des crimes graves, incriminés par le Statut de Rome. La difficulté tient à la contradiction des obligations internationales et à l'équilibre diplomatique et juridique auquel les Etats parties sont soumis afin de respecter les obligations issues du droit international coutumier et celles imposées par le Statut de Rome.

2. Les immunités

2.1. L'immunité de juridiction de l'Etat

Le principe de l'égalité souveraineté des Etats est le fondement permettant de justifier l'existence de l'immunité de l'Etat, néanmoins, une partie de la doctrine considère qu'il serait inenvisageable d'invoquer l'immunité « *lorsque l'Etat agit en violation des droits fondamentaux, car sa souveraineté n'autorise pas un Etat à violer ces droits, tels qu'ils sont reconnus par les instruments du droit international, soit notamment le droit à la vie, ainsi que l'interdiction de la torture et de la détention arbitraire* »¹⁰. Dans l'affaire des immunités juridictionnelles de l'Etat¹¹, la CIJ devait se prononcer sur la résolution du désaccord existant entre les règles du *jus cogens* qui font partie du droit des conflits armés et la reconnaissance de l'immunité d'un Etat¹². Le conflit tient au fait qu'il existe une contradiction entre les règles de *jus cogens* et les règles de droit coutumier, qui oblige un Etat à octroyer l'immunité à un autre Etat¹³. Toutefois, la CIJ s'est bornée à retenir que le principe de l'immunité de l'Etat ne pouvait connaître aucune dérogation, elle a ainsi, dans l'arrêt précité, jugé que l'application du droit international coutumier concernant l'immunité des Etats ne connaît pas d'exceptions en cas de violations des règles de *jus cogens*¹⁴. De plus, la CourEDH, notamment dans

¹⁰ ROBERT ZIMMERMANN, *La coopération judiciaire internationale en matière pénale*, Berne 2014, p. 714, n° 694 et réf. citées.

¹¹ Immunités juridictionnelles de l'Etat du 3 février 2012 (*Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenant)*), arrêt, C.I.J. Recueil 2012, p. 99.

¹² *Ibid.*, p. 140, § 92.

¹³ Immunités juridictionnelles de l'Etat du 3 février 2012, *op.cit.*, p. 142, § 97.

¹⁴ *Ibid.*, p. 140, § 92.

l'affaire *Al-Adsani c. Royaume Uni*¹⁵, a également considéré qu'un tribunal étatique pouvait refuser de se prononcer sur un litige opposant un citoyen à un Etat étranger, à raison de l'immunité de juridiction de ce dernier, sans, toutefois, violer l'article 6, § 1 de la CEDH relatif au droit à un procès équitable¹⁶.

Les autorités étatiques doivent examiner si l'acte litigieux est un acte de pure administration (*iure gestionis*), qui pourrait ne pas être couvert par l'immunité. La pratique suisse distingue les actes accomplis dans l'exercice d'une fonction d'autorité qui sont qualifiés de *iure imperii* et les actes de pure administration, qualifiés de *iure gestionis*, « pris à l'instar d'une personne privée ». Le but de la distinction est d'exclure de l'immunité juridictionnelle les actes accomplis *iure gestionis*. Selon la jurisprudence du TF, le lien, permettant de distinguer les actes *iure gestionis* et les actes *iure imperii*, n'est pas déterminé par le rattachement au droit privé ou au droit public, ni même par le rattachement du but poursuivi, puisque que tous les actes ont un intérêt étatique. Il faut, par conséquent, se référer à la nature intrinsèque de l'opération étatique, c'est-à-dire qu'il faut déterminer si l'acte relève de la puissance publique ou si le rapport juridique est semblable à celui conclu entre deux particuliers¹⁷. Ainsi, les activités militaires et les actes analogues à une expropriation ou une nationalisation sont des actes accomplis *iure imperii* qui sont couverts par l'immunité. Cette distinction n'a cependant pas été opérée par la CIJ dans l'arrêt des immunités juridictionnelles de l'Etat du 3 février 2012.

La coutume internationale a reconnu aux chefs d'Etat en exercice une immunité de juridiction pénale et une inviolabilité totale à l'étranger¹⁸. La CIJ a élargi cette immunité au ministre des affaires étrangères dans l'affaire du mandat d'arrêt¹⁹. La reconnaissance de l'immunité consacrée par la CIJ, non sans controverse, en vertu du droit international coutumier, a par la suite conduit à accorder cette protection à un ministre de la défense et à un ministre du commerce extérieur²⁰. L'immunité, selon l'arrêt précité de la CIJ, ne souffre d'aucune

¹⁵ CourEDH, *Al-Adsani c. Royaume Uni*, n°35763/97, arrêt de la Grande Chambre du 21 novembre 2001.

¹⁶ ROBERT ZIMMERMANN, *op. cit.*, p. 714-715, n° 694 et réf. citées.

¹⁷ Arrêt du TF, 1A.94/2001 du 25 juin 2001, consid. 4a.

¹⁸ ROBERT ZIMMERMANN, *op. cit.*, p. 717, n° 694 et réf. Citées.

¹⁹ Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (*République démocratique du Congo c. Belgique*), arrêt, CIJ Recueil 2002, p. 3.

²⁰ ROBERT ZIMMERMANN, *op. cit.*, p. 717, n° 694 et réf. citées.

exception devant les juridictions nationales, même en cas de soupçons graves de commission de crimes internationaux.

Le TPF rappelle que « *la jurisprudence a déjà eu l'occasion de préciser que dans le domaine de l'immunité de la juridiction pénale, les principes du droit des gens font partie intégrante du droit interne suisse* ». Les chefs d'Etat sont exemptés de toute responsabilité *ratione personae* vis-à-vis des contraintes étatiques et des juridictions d'un Etat étranger pour les actes qu'ils ont accomplis dans l'exercice ou non de leurs fonctions officielles, « *ce principe de l'immunité des chefs d'Etat est une institution de droit international coutumier* »²¹. La position du TPF, concernant l'immunité des ministres des affaires étrangères, s'apparente à celle de la CIJ, en ce sens qu'il reconnaît l'immunité de ces officiels²², il confère, en outre, la même protection aux ministres de la défense, c'est-à-dire qu'il reconnaît l'élargissement de l'immunité *ratione personae* aux ministres de la défense durant leurs fonctions²³.

2.2. L'immunité des représentants d'un Etat

Les immunités, soulevées dans un Etat ayant une compétence juridictionnelle, constituent, en principe, un obstacle à la poursuite pénale ; ainsi, l'exception d'immunité doit être soulevée devant une Cour compétente. Cependant, la justice internationale a, quant à elle, exclu les immunités comme motifs permettant d'échapper à la poursuite pénale, c'est ce qu'exprime de manière non-équivoque « le dossier de l'Accusation » dans le procès Milošević : « *Les procédures engagées à l'encontre de Slobodan Milošević marquent un tournant pour la justice internationale, et sont d'une importance capitale pour les peuples de l'ex-Yougoslavie ayant le plus souffert des crimes dont il était accusé. Le Tribunal a démontré que même les hautes fonctions occupées par un président ne lui permettaient plus de demander l'immunité et échapper aux poursuites judiciaires, et a montré qu'il n'était plus envisageable que des sociétés refusent d'admettre, pendant des décennies, le rôle joué par leurs plus hauts dirigeants dans la perpétration de crimes* »²⁴.

²¹ TPF 2012.97, consid. 5.3 et réf. citées.

²² TPF 2007.168, consid. 2.2.6.

²³ TPF 2012.97, *op. cit.*, consid. 5.4.2.

²⁴ Le procès Milošević – le dossier de l'Accusation, Nations Unies/Mécanisme pour les Tribunaux pénaux internationaux : <http://www.icty.org/fr/content/le-proc%C3%A8s-milo%C5%A1evi%C4%87-le-dossier-de-laccusation> (consulté le 16 mars 2018).

Il existe deux immunités pouvant être invoquées par les dirigeants étrangers : les immunités personnelles (*ratione personae*) et les immunités fonctionnelles (*ratione materiae*).

2.2.1. Les immunités personnelles

2.2.1.1. La notion d'immunités personnelles

Les immunités personnelles sont attachées à la personne de l'agent, elles englobent tous les actes accomplis, même à titre privé²⁵. Les immunités personnelles ont une portée extrêmement large, cela implique qu'il est nécessaire de déterminer et de délimiter les personnes pouvant en bénéficier et leur application dans le temps. Indépendamment des membres des corps diplomatiques et consulaires bénéficiant des immunités *ratione personae*, elles sont réservées aux membres de la Triade, qui est composée des chefs d'Etat ou de gouvernement et des ministres des affaires étrangères en exercice²⁶. Le cercle des personnes composant la Triade, et pouvant de ce fait se prévaloir des immunités personnelles, n'est pas contesté. En effet, il est largement admis, au niveau international et national, comme en témoigne le message du Conseil fédéral relatif à la mise en œuvre du Statut de Rome²⁷, que les membres de la Triade bénéficient d'une immunité de droit international. Par conséquent, les membres de la Triade ne peuvent pas être arrêtés et jugés, sauf en cas de mandat d'arrêt délivré par la CPI ou lorsque leur immunité est levée. En Suisse, il appartient au Conseil fédéral de statuer sur les questions d'immunité, à la demande du DFJP, conformément à l'article 6 LCPI²⁸.

Néanmoins, la CIJ tient un discours équivoque, dans l'affaire relative au mandat d'arrêt du 11 avril 2000, puisqu'elle rappelle qu'il est établi en droit international qu'au côté des agents diplomatiques et consulaires d'autres personnes exerçant un rang élevé dans l'Etat jouissent des mêmes immunités de juridiction, tant civiles que pénales, « *telles que* » le chef d'Etat, le

²⁵ TPF BB. 2011.140, consid. 5.3.1.

²⁶ DAMIEN CHERVAZ, La lutte contre l'impunité en droit suisse : Compétence universelle et crimes internationaux, 2^e éd., TRIAL 2015, p. 38, n° 6.

²⁷ Message relatif à la modification de lois fédérales en vue de la mise en œuvre du Statut de Rome de la Cour pénale internationale du 23 avril 2008, p. 3495.

²⁸ RS 351.6.

chef de gouvernement ou le ministre des affaires étrangères²⁹. La position de la CIJ a été largement critiquée par la doctrine, en ce sens qu'elle en a déduit que la formule « *telles que* » utilisée par la CIJ laissait supposer que d'autres personnes que les membres de la Triade et les agents diplomatiques et consulaires pourraient bénéficier de l'immunité *ratione personae*. Le postulat développé par la CIJ contredit le droit international mais surtout remet en question la sécurité du droit. Par conséquent, la doctrine retient uniquement l'application de l'immunité personnelle aux membres de la Triade ainsi qu'aux membres du corps diplomatique et consulaire dûment accrédités³⁰.

Il convient de préciser que l'immunité est de nature temporaire, ce qui implique qu'elle prend naissance au jour de l'entrée en vigueur des fonctions officielles et s'éteint à la fin de celles-ci³¹. Par conséquent, le représentant, qui n'est plus en fonction, pourra être poursuivi rétroactivement pour des actes privés anciennement couverts par son immunité personnelle, à condition qu'ils ne soient pas couverts par une immunité fonctionnelle, qui ne s'éteint pas.

2.2.1.2. Les effets des immunités personnelles

L'immunité personnelle fait obstacle à un acte de contrainte directe contre le dirigeant étranger, néanmoins, elle ne permet nullement d'interdire toute activité des autorités de poursuite d'un Etat tiers. Ainsi, la CIJ note qu'il est nécessaire de distinguer la compétence des tribunaux nationaux et la compétence qui régit les immunités juridictionnelles : « *la compétence n'implique pas l'absence d'immunité et l'absence d'immunité n'implique pas la compétence* ». Il ressort des diverses conventions internationales relatives à la prévention et à la répression des crimes graves qu'il incombe de mettre à la charge des Etats des obligations de poursuivre ou d'extrader au travers de l'extension de leur compétence juridictionnelle. Cependant, la CIJ considère que l'extension de compétence consacrée par les Conventions internationales ne porte pas atteinte aux immunités résultant du droit international coutumier, comme les immunités des ministres des affaires étrangères, ainsi les immunités restent opposables devant « *les tribunaux d'un Etat étranger, même lorsque ces tribunaux exercent*

²⁹ Mandat d'arrêt du 11 avril 2000, *op. cit.*, p. 3, § 51.

³⁰ DAMIEN CHERVAZ, *op. cit.*, p. 38, n° 9.

³¹ TPF BB. 2011.140, *op. cit.*, consid. 5.3.1 et réf. citées.

*une telle compétence sur la base de ces conventions »*³².

Il ne suffit, néanmoins, pas que les conditions de l'immunité *ratione personae* ne soient pas réalisées pour en supprimer les effets, encore faut-il vérifier que l'agent ne puisse pas se prévaloir d'une immunité de fonction avant de lever l'immunité au profit d'une poursuite pénale.

2.2.2. Les immunités fonctionnelles

Les immunités fonctionnelles se distinguent des immunités personnelles du fait qu'elles concernent tous les agents de l'Etat³³. Les représentants des Etats étrangers, autres que les membres de la Triade, et leurs fonctionnaires bénéficient, en principe, d'une immunité fonctionnelle de juridiction et d'exécution dans les autres Etats³⁴. Les immunités fonctionnelles perdurent malgré la fin des fonctions officielles, il convient, néanmoins, de préciser qu'elles ne couvrent jamais les actes personnels³⁵. Cependant, l'immunité qui a longtemps été acceptée *de jure* et *de facto* et depuis quelques années remise en cause, ainsi « *les immunités fonctionnelles et personnelles dont bénéficient traditionnellement certaines catégories, dont les chefs d'État, les membres de gouvernements et les parlementaires ne sont pas reconnues par les statuts des juridictions pénales internationales* »³⁶.

2.2.3. Les exceptions aux immunités

2.2.3.1. Un débat controversé

Les exceptions à l'immunité sont explicitement prévues par de nombreuses Conventions internationales, « *[elles] sont prévues notamment à l'article 27 du Statut de la CPI, à l'article 6, paragraphe 2 du Statut du TPIR, à l'article 7, paragraphe 2 du Statut du TPIY et à l'article*

³² Mandat d'arrêt du 11 avril 2000, *op. cit.*, p. 3, § 59.

³³ DAMIEN CHERVAZ, *op. cit.*, p. 40, n° 6.

³⁴ ANDREAS R. ZIEGLER, *Introduction au droit international public*, Berne 2011, p. 293, n° 659 ; TPF BB. 2011.140, consid. 5.3.2.

³⁵ *Ibid.*, p. 293, n° 659.

³⁶ CECILE APTEL, *Justice pénale internationale : entre raison d'Etat et Etat de droit*, in *Revue internationale et stratégique*, 2007/3 (N°67), p. 77.

6, paragraphe 2 du Statut de la SCSL »³⁷. Le principe a été rappelé par les juridictions internationales et nationales dans de nombreuses affaires, depuis la fin de la seconde guerre mondiale et la création du TMI par le Statut de Londres du 8 août 1945. Le TMI a été institué pour juger les criminels de guerre³⁸ ; sa compétence s'étendait aux crimes contre la paix, aux crimes de guerre et, enfin, aux crimes contre l'humanité, conformément à l'article 6 du Statut du TMI.

La doctrine a consacré les exceptions à l'immunité juridictionnelle en prenant appui sur le développement croissant des Conventions internationales mais aussi sur la création des tribunaux internationaux consacrés au respect du *jus cogens* humanitaire et enfin de la jurisprudence des tribunaux internationaux et nationaux dédiés aux exceptions d'immunité. Celles-ci visent l'immunité *ratione personae* des chefs d'Etat en exercice et l'immunité *ratione materiae* des anciens chefs d'Etat et de hauts fonctionnaires de l'Etat lorsqu'ils sont présumés être les auteurs de violations graves des droits humanitaires. En effet, l'immunité *ratione materiae* dépend des actes perpétrés et non pas de la personne qui bénéficiait d'une fonction officielle éteinte. « *Il est fréquemment fait état dans la doctrine d'une érosion progressive de l'immunité devant les juridictions nationales* »³⁹.

Le débat controversé, tant doctrinal que jurisprudentiel, concerne le fait de savoir si les immunités personnelles et fonctionnelles peuvent être frappées d'exceptions en cas de crimes internationaux⁴⁰, qui se distinguent par leur gravité, cela tient au fait que la pratique des Etats en matière de poursuite de crimes internationaux n'est actuellement pas homogène. Le Statut de Rome a érigé une responsabilité pénale individuelle pour les crimes de guerre, torture, génocide et crimes contre l'humanité, en vertu de l'article 25 du Statut de Rome, ce qui conduit à retenir que « *la tendance actuelle est celle de vouloir restreindre l'immunité des (anciens) chefs d'Etat en cas de crimes relevant du < jus cogens >* »⁴¹. En effet, il convient de rappeler que les crimes internationaux sont accomplis dans le cadre des fonctions officielles du dirigeant, et non dans un cadre purement privé, c'est dans ce contexte que le droit

³⁷ ANDREAS R. ZIEGLER, *op. cit.*, p. 294, n° 661.

³⁸ Article 1 du Statut du TMI.

³⁹ TPF 2012.97, consid. 5.3.4 et réf. citées.

⁴⁰ ANDREAS R. ZIEGLER, *op. cit.*, p. 293, n° 661.

⁴¹ TPF 2012.97, consid. 5.3.5.

international prévoit explicitement une exception à l'immunité fonctionnelle et permet, par conséquent, la poursuite des crimes internationaux⁴².

2.2.3.2. La position de la CIJ : l'affaire du mandat d'arrêt

La CIJ dans son arrêt du 11 avril 2000 mentionnait déjà la possibilité pour un haut dirigeant ou un ancien haut dirigeant de faire l'objet de poursuites pénales devant certaines juridictions pénales internationales, notamment la CPI, dès lors que celles-ci sont compétentes⁴³. Le juge Al-Khasawnwh a précisé que la compétence de la CPI était limitée *ratione temporis* par le principe de non-rétroactivité de la loi pénale mais a aussi rappelé que sa compétence était subsidiaire, étant donné qu'il incombe en premier lieu aux Etats d'engager les poursuites pénales⁴⁴. Nonobstant son postulat, la CIJ ne reconnaît pas la levée de l'immunité en cas de crimes internationaux ; ce principe a été affirmé sans équivoque dans l'arrêt précité, dans lequel elle a considéré que l'émission d'un mandat d'arrêt contre un ministre des affaires étrangères en exercice portait atteinte à son immunité et constituait une violation de l'immunité de juridiction pénale et de l'inviolabilité dont il jouissait en vertu du droit international⁴⁵. La CIJ distingue l'immunité dite *ratione materiae*, dont elle exclut l'application au profit d'une responsabilité pénale individuelle, et l'immunité *ratione personae*, « qu'elle reconnaît en l'espèce, mais seulement pour le temps de la fonction en cause ». La CIJ, dans son interprétation, conclut qu'un tribunal national peut juger un ancien ministre des affaires étrangères pour les actes qu'il aurait accompli avant ou après ses fonctions, voire les actes accomplis durant ses fonctions mais uniquement à titre privé. « *La Cour semble ici exclure toute imputabilité des crimes de droit international devant une juridiction interne* »⁴⁶. Il convient, dès l'ores, de souligner que la position de la CIJ dans l'arrêt précité a été vivement critiquée, puisqu'elle exclut toute application des principes du droit international pénal. Il est difficile d'imputer une infraction aux juridictions nationales ou internationales alors que le fondement de l'imputabilité est la matérialité du crime de droit

⁴² DAMIEN CHERVAZ, *op. cit.*, p. 41, n° 22.

⁴³ Mandat d'arrêt du 11 avril 2000, *op. cit.*, p. 3, § 61.

⁴⁴ Opinion dissidente de M. AL-KHASAWNWH, Mandat d'arrêt du 11 avril 2000, § 6.

⁴⁵ Mandat d'arrêt du 11 avril 2000, *op. cit.*, p. 3, § 70 et 71 et réf. citées.

⁴⁶ XAVIER AUREY, *COMMENTAIRE DU STATUT DE ROME DE LA CPI*, Paris 2012, Pedone, art. 27, p. 858, 859 et réf. citées.

international et non la qualité de la juridiction concernée⁴⁷. La CIJ a refusé d'admettre l'existence d'une exception aux immunités des officiels durant le temps de leur fonction, en droit international coutumier, même lorsqu'ils sont soupçonnés d'avoir commis des crimes de guerre, des crimes contre l'humanité ou des crimes se caractérisant par leur extrême gravité⁴⁸.

La jurisprudence du mandat d'arrêt a vivement partagé la doctrine, en ce sens que l'exception d'immunité apparaît, depuis l'instauration des tribunaux internationaux et, plus généralement, de la reconnaissance des crimes internationaux, comme un rempart fondamental à l'impunité des hauts dirigeants, dont le processus a pris naissance durant la seconde moitié du XX^e siècle.

2.2.3.3. L'évolution historique

C'est à l'occasion des procès de Nuremberg que le Tribunal Militaire international posa les prémisses du droit international contemporain en la matière, en affirmant que les responsables des atrocités commises durant la guerre devaient être jugés et condamnés par un Tribunal international. Il consacre son postulat par cette formule : « *l'humanité insiste pour que cette idée soit, dans l'avenir, plus qu'une exigence: une règle viable du Droit International* »⁴⁹. Nonobstant l'idée dégagée par le Tribunal, le droit international ne bénéficiait pas encore de l'encrage nécessaire à asseoir sa légitimité, en effet, le droit applicable reposait sur « *une procédure fondée sur un droit pénal nouveau sur une règle répressive instituée après le crime* »⁵⁰. L'Accord concernant la poursuite et le châtement des grands criminels de guerre des Puissances européennes de l'Axe et statut du tribunal international militaire, instituant les procès de Nuremberg, a été conclu à Londres le 8 août 1945. Il a, pour la première fois, consacré, en son article 6 relatif au Statut du tribunal militaire international, une responsabilité individuelle pour les crimes contre la paix, les crimes de guerre, les crimes contre l'humanité. Cette disposition soulevait un problème de légalité, conformément au principe *nullum crimen nulla poena sine lege*, qui impose que la loi doit être antérieure à la perpétration des crimes, or les accusés ont été poursuivis et condamnés pour des crimes qui ne faisaient l'objet d'aucune incrimination au moment des faits, soit au moment où ils ont été perpétrés par les dirigeants

⁴⁷ *Ibid.*, art. 27, p. 859.

⁴⁸ ROBERT ZIMMERMANN, *op. cit.*, p. 717, n° 694.

⁴⁹ Procès des grands criminels de guerre devant le Tribunal Militaire International, Nuremberg 14 novembre 1945 - 1^{er} octobre 1946, Nuremberg 1947, p. 76.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 77.

nazis. Cependant, devant la gravité des crimes perpétrés durant la seconde guerre mondiale, « *la responsabilité pénale individuelle a [...] été retenue comme le premier des Principes du droit international consacrés par le Statut et le jugement du Tribunal de Nuremberg* »⁵¹.

Le TPIY a eu l'occasion de rappeler le principe consacrant les exceptions à l'immunité, en cas de crimes internationaux perpétrés par des responsables officiels des Etats, tant devant les juridictions nationales qu'internationales, en affirmant que les exceptions aux immunités prenaient naissance dans les normes du droit international pénal qui prohibent les crimes de guerre, les crimes contre l'humanité et le génocide. « *D'après ces normes, les responsables de ces crimes ne peuvent invoquer l'immunité à l'égard des juridictions nationales ou internationales, même s'ils ont commis ces crimes dans le cadre de leurs fonctions officielles* »⁵².

Le TPF a dû trancher la question de savoir si une immunité *ratione materiae* résiduelle prévalait sur la nécessité de dégager les responsabilités éventuelles sur des violations graves des droits humains. Il en a conclu que l'interdiction des crimes graves contre l'humanité, notamment, la torture, relevait du droit coutumier. Le Tribunal précise que la législation suisse consacre le caractère coutumier et la nature impérative de l'interdiction du génocide, des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre, c'est-à-dire du *jus cogens*. Le législateur helvétique considère qu'il est du ressort des Etats de faire respecter et de respecter l'interdiction et la répression attachée à ces crimes, indépendamment d'une obligation conventionnelle valable. Ce devoir de lutter contre l'impunité naît de la volonté commune des Etats de vouloir préserver les valeurs fondamentales de l'humanité, cela indépendamment de la position des autres Etats (*erga omnes*). « *Eu égard à la valeur fondamentale du bien juridique protégé, le législateur suisse a décidé < d'assurer une répression sans faille de ces actes >* »⁵³. Le TPF démontre la contradiction qu'il existe entre la volonté de lutter contre les violations graves des droits de l'homme qui touchent aux valeurs fondamentales de l'humanité et l'interprétation large des règles de l'immunité *ratione materiae* qui empêcherait

⁵¹ PHILIPPE CURRAT, *Les crimes contre l'humanité dans le Statut de la Cour pénale internationale*, Thèse n°764 de la Faculté de droit de Genève, 2006, p. 589 et réf. citées.

⁵² TPIY, *Le Procureur c. Tihomir Blaskis*, IT-95-14-AR108bis, arrêt relatif à la requête de la République de Croatie aux fins d'examen de la décision de la 2^{ème} Chambre de Première Instance rendue le 18 juillet 1997 du 29 octobre 1997, § 41.

⁵³ TPF BB. 2011.140, consid. 5.4.3 et réf. citées.

l'ouverture d'une enquête⁵⁴. Le Tribunal conclut au rejet des règles sur l'immunité *ratione materiae* en présence de crimes internationaux et reconnaît dans les autres cas l'immunité aux chefs d'Etat et de gouvernement mais aussi aux ministres des affaires étrangères et de la défense⁵⁵.

L'évolution conventionnelle, jurisprudentielle et coutumière de la seconde moitié du 20^{ème} siècle, entamée lors des procès de Nuremberg, a conduit à un consensus quasiment unanime sur « *la prévalence de l'obligation de poursuivre les crimes les plus graves sur toute immunité fonctionnelle* »⁵⁶.

3. Les sources juridiques des immunités

3.1. Les immunités prévues par le droit fédéral ou cantonal suisse

L'article 162 Cst⁵⁷ prévoit deux sortes d'immunités, la première est une immunité absolue prévue à l'alinéa 1^{er}, elle présuppose que l'immunité ne peut pas être levée, la seconde est une immunité relative, prévue à l'alinéa 2 de l'article, ces immunités pourront être levées, notamment en cas de crimes internationaux. Le problème soulevé par l'article 162, alinéa 1 Cst est qu'il supprime toute responsabilité civile ou pénale pour les propos (*Äusserungen*) qui ont été tenus devant les conseils ou leurs organes, qui comprennent leurs commissions, leurs délégations et leurs bureaux ainsi que les groupes parlementaires⁵⁸. Les personnes pouvant se prévaloir de cette immunité absolue sont les membres de l'Assemblée fédérale, les membres du Conseil fédéral, la chancelière ou le chancelier de la Confédération. La mise en œuvre législative a été concrétisée par l'article 2, alinéa 2 de la LRCS⁵⁹ du 14 mars 1958 régissant les immunités absolues ; cet article doit être interprété à la lumière de

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ ROBERT ZIMMERMANN, *op. cit.*, p. 717, n° 694 et réf. citées.

⁵⁶ DAMIEN CHERVAZ, *op. cit.*, p. 42, n° 27.

⁵⁷ RS 101.

⁵⁸ J.-F. AUBERT/P. MAHON, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zurich 2003, art. 162 Cst, n° 4 et réf. citées.

⁵⁹ RS 170.32.

l'article 162 Cst⁶⁰. L'immunité relative, quant à elle, protège les membres de l'Assemblée fédérale et certains magistrats, elle est régie par l'article 14 de la loi précitée de 1958⁶¹. L'immunité relative suppose que la poursuite pénale est subordonnée à une autorisation de l'Assemblée fédérale. Lorsque l'autorisation a été délivrée l'immunité est levée et l'action suit son cours⁶².

La lecture du texte de ces deux dispositions apparaît être en contradiction avec le droit international coutumier et les engagements conventionnels de la Suisse, c'est pour cette raison qu'une partie de la doctrine considère que « *cette immunité ne trouve plus application lors de la commission d'un crime international, même si celle-ci prend place dans le cadre des débats officiels qui se tiennent devant ces Conseils ou leurs organes* »⁶³.

3.2. Les Conventions internationales relatives aux immunités

3.2.1. La Convention de Vienne sur les relations diplomatiques du 18 avril 1961

La Convention de Vienne sur les relations diplomatiques du 18 avril 1961⁶⁴ concerne uniquement les diplomates et le personnel diplomatique. La Convention précise dans son préambule « *qu'une convention internationale sur les relations, privilèges et immunités diplomatiques contribuerait à favoriser les relations d'amitié entre les pays, quelle que soit la diversité de leurs régimes constitutionnels et sociaux* », elle rappelle que les privilèges et les immunités permettent « *l'accomplissement efficace des fonctions des missions diplomatiques en tant que représentants des Etats* ». La Convention de Vienne renvoie pour le surplus aux règles du droit international coutumier.

⁶⁰ J.-F. AUBERT/P. MAHON, *op. cit.*, art. 162 Cst, n° 6.

⁶¹ *Ibid.*, art. 162 Cst, n° 9 et réf. citées.

⁶² *Ibid.*

⁶³ DAMIEN CHERVAZ, *op. cit.*, p. 44, n° 37.

⁶⁴ RS 0.191.01.

3.2.2. La Convention de Vienne sur les relations consulaires du 24 avril 1963

La Convention de Vienne sur les relations consulaires⁶⁵ introduit aussi dans son préambule la contribution d'une Convention internationale sur les relations, les privilèges et les immunités consulaires, qui favorise « *les relations d'amitié entre les pays, quelle que soit la diversité de leurs régimes constitutionnels et sociaux* ». Elle précise que le but de cette Convention relative aux privilèges et immunités est d'assurer « *l'accomplissement efficace de leurs fonctions par les postes consulaires au nom de leurs Etats respectifs* » et non d'introduire un avantage indu en faveur des individus. En outre, les règles du droit international coutumier s'appliquent pour le surplus.

Nonobstant, les immunités prévues par les Conventions de Vienne sur les relations diplomatiques et les relations consulaires, il est exclu qu'elles constituent la source conventionnelle de l'immunité des chefs d'Etat ou de gouvernement par une application directe ou par analogie pouvant servir de source juridique à une immunité plus vaste. La différence de statut caractérisant ces officiels empêche, en effet, d'étendre le champ de ces immunités.

3.2.3. La Convention de New York sur les missions spéciales du 8 décembre 1969

La Convention de New-York sur les missions spéciales du 8 décembre 1969⁶⁶ consacre l'existence de l'immunité en droit international. À son article 21-1, elle dispose que « *le chef de l'Etat d'envoi, quand il se trouve à la tête d'une mission spéciale, jouit, dans l'Etat de réception ou dans un Etat tiers, des facilités, privilèges et immunités reconnus par le droit international aux chefs d'Etat en visite officielle* ». Elle précise, en son article 21-2, que « *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'Etat d'envoi, jouissent, dans l'Etat de réception ou dans un Etat tiers, en plus de ce qui est accordé par la présente Convention, des facilités, privilèges et immunités reconnus par le droit international* ».

⁶⁵ RS 0.191.02.

⁶⁶ RS 0.191.2.

La Convention de New-York reconnaît l'existence d'une immunité en faveur des chefs d'Etat et des personnalités de haut rang mais ne précise pas l'étendue que cette immunité peut prendre, elle se contente de renvoyer, pour le surplus, à la définition du droit international coutumier, ce qui ne permet pas de dégager une règle homogène.

3.2.4. L'Accord sur les privilèges et immunités de l'Organisation des Nations Unies conclu entre le Conseil fédéral suisse et le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies des 11 juin et 1^{er} juillet 1946

L'Accord sur les privilèges et immunités de l'Organisation des Nations Unies conclu entre le Conseil fédéral suisse et le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies les 11 juin et 1^{er} juillet 1946⁶⁷ précise à l'article 12 que « *les privilèges et immunités sont accordés aux représentants des Membres de l'Organisation, non à leur avantage personnel, mais dans le but d'assurer en toute indépendance l'exercice de leurs fonctions en rapport avec l'Organisation* ». Or, cette immunité n'a qu'un caractère relatif, en effet, un membre de l'Organisation a le devoir de lever l'immunité de son représentant lorsque celle-ci pourrait entraver l'action de la justice ou lorsqu'elle ne met pas en péril les raisons justifiant d'accorder l'immunité. Les représentants comprennent « *tous les délégués, délégués adjoints, conseillers, experts techniques et secrétaires de délégation* » conformément à la précision de l'article 13 de l'Accord. En outre, l'ONU s'engage à collaborer avec les autorités suisses compétentes « *en vue de faciliter la bonne administration de la justice, d'assurer l'observation des règlements de police et d'éviter tout abus auquel pourrait donner lieu les privilèges, immunités et facilités énumérés dans le présent article* », en vertu de l'article 18 de l'Accord sur les privilèges et immunités de l'Organisation des Nations Unies.

3.2.5. La résolution de l'Institut de droit international

La Résolution de l'Institut de droit international⁶⁸ atteste, en son article 1, que « *la personnalité du chef d'Etat est inviolable sur le territoire d'un Etat étranger* », ainsi, la personne du chef d'Etat bénéficie d'une immunité de juridiction, en matière pénale, devant le tribunal d'un Etat étranger pour toutes les infractions qu'il aurait commis, quelle que soit la

⁶⁷ RS 0.192.120.1.

⁶⁸ INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL, *Les immunités de juridiction et d'exécution du chef d'Etat et de gouvernement en droit international*, Treizième Commission, Session de Vancouver – 2001 du 26 août 2001.

gravité des infractions, comme en dispose l'article 2 de ladite Résolution. Il appartient aux autorités de l'Etat d'accorder aux chefs d'Etat étrangers, dès le moment où ils ont connaissance de leur qualité officielle, l'inviolabilité, l'immunité de juridiction et l'immunité d'exécution, comme l'explique l'article 6 de la Résolution. À l'exception des cas où l'Etat y renonce ; la renonciation doit être décidée, conformément à l'article 7, paragraphe 3 de la Résolution de l'Institut de droit international, lorsque « *le chef d'Etat est suspecté d'avoir commis des infractions particulièrement graves* ».

La résolution de l'Institut de droit international relative à la compétence universelle en matière pénale à l'égard du crime de génocide, des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre est le reflet de la tendance actuelle consacrant la compétence universelle, qui est définie comme « *un moyen additionnel effectif* », permettant de pallier à l'impunité liée aux crimes supranationaux, en imputant la responsabilité première et prioritaire aux Etats directement concernés. En outre, la Résolution inscrit la compétence des juridictions nationales dans une compétence d'ensemble qui comprend les juridictions nationales, en vertu de leur compétence *ratione personae* et *ratione loci*, mais aussi les juridictions internationales compétentes en matière de crimes internationaux⁶⁹.

La Résolution reconnaît aux chefs d'Etat des privilèges et immunités quasi-absolus, à l'instar des crimes internationaux, elle présente de vives similitudes avec celles reconnues aux diplomates par la Convention de Vienne précédemment citée.

3.3. Le droit international coutumier régissant les immunités des chefs d'Etat et des ministres

Nous avons pu noter que l'immunité des chefs d'Etat ne trouve pas son origine dans une Convention internationale ou régionale mais uniquement dans la coutume internationale. Dans ce contexte, l'immunité des chefs d'Etat doit être réglée en tenant compte de « *la coutume internationale comme preuve d'une pratique générale acceptée comme étant le droit* »,

⁶⁹ ISABELLE FOUCARD, *De l'utilité de la distinction entre les crimes supranationaux et transnationaux : traduire les processus d'incrimination complexes alliant droit international et droits pénaux internes*, in *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. volume 71, n° 2, 2013, p. 78, 79 et réf. citées.

comme le prévoit l'article 38, alinéa 1, lettre b du Statut de la CIJ du 26 juin 1945⁷⁰. La CIJ, dans son arrêt du 14 février 2002, a rappelé qu'il était établi en droit international que certaines personnes occupant de hautes fonctions dans l'Etat, au même titre que les agents diplomatiques ou consulaires, comme les chefs d'Etat, les chefs de gouvernement ou les ministres des affaires étrangères bénéficient sur le territoire des autres Etats des immunités de juridictions civiles et pénales⁷¹. Le juge *ad hoc* Bula-Bula relève qu'il est accepté par une majorité d'Etats appartenant à l'Afrique, l'Asie, l'Amérique, l'Europe et l'Océanie que le ministre des affaires étrangères bénéficie d'une immunité et d'une inviolabilité pénale absolue⁷², il est, dès lors, nécessaire d'accepter l'existence d'une immunité coutumière en droit international, reconnue et démontrée. Il n'en demeure pas moins que la position tranchée, qui a été dégagée par la CIJ au sujet de l'immunité, même si elle demeure doctrinalement controversée, a « *l'avantage de la clarté et d'avoir été approuvée par une forte majorité (treize contre trois)* »⁷³. La CIJ retient, concernant les immunités personnelles accordées durant le mandat, qu'il n'existe aucune règle de droit international permettant de les écarter, même en cas de commission de crimes de droit international ; elle admet que, bien qu'il n'existe pas de règle de droit international coutumier permettant d'exclure les immunités personnelles, des règles conventionnelles peuvent prévoir une telle exception⁷⁴.

Les Conventions internationales relatives aux immunités ne contiennent aucune disposition relative aux chefs d'Etat ou aux ministres, seuls des enseignements utiles peuvent en être tirés, pour le reste il est nécessaire de s'en remettre au droit international coutumier pour trancher la question des immunités des Chefs d'Etat et des ministres des affaires étrangères. En effet, l'immunité des chefs d'Etat est une institution de droit international coutumier, qui a reconnu de tels privilèges *ratione personae* aux chefs d'Etat, autant pour tenir compte de leurs fonctions et du symbole de souveraineté qu'ils incarnent, qu'en raison de leur caractère représentatif dans les relations interétatiques⁷⁵.

⁷⁰ 0.193.501.

⁷¹ Mandat d'arrêt du 11 avril 2000, *op. cit.*, p. 20-21, § 51.

⁷² Opinion individuelle du juge *ad hoc* M. BULA-BULA, Mandat d'arrêt du 11 avril 2000, § 48.

⁷³ M. HENZELIN, L'immunité pénale des ministres selon la Cour internationale de justice, in *Revue pénale suisse*, Berne 2002, p. 252.

⁷⁴ XAVIER AUREY, *op. cit.*, art. 27, p. 859 et réf. citées.

⁷⁵ ATF 115 Ib 496, consid. 5b.

4. Le respect des règles de droit international coutumier

La doctrine considère que reconnaître l'application des immunités fonctionnelles comme faisant obstacle à la poursuite de crimes internationaux reviendrait à vider de toute substance les engagements internationaux que les Etats se sont engagés à poursuivre. En effet, il conviendrait de considérer, qu'en vertu du principe général du droit international, *lex posterior derogat priori*, les nouvelles règles de droit international relatives à l'obligation pour les Etats de poursuivre les crimes les plus graves ont supplanté la règle plus ancienne octroyant l'immunité *ratione materiae* aux agents de l'Etat pour tous les actes accomplis dans le cadre de leurs fonctions. Il semble, aujourd'hui, clair qu'il n'existe plus de place pour l'immunité fonctionnelle en matière de crimes internationaux.

Les crimes internationaux ont un caractère supranational, cela implique qu'ils sont inscrits en droit international et que, par conséquent, la responsabilité pénale individuelle qui en découle n'a pas besoin d'être concrétisée, tout du moins en théorie, par des dispositions nationales adoptées par les Etats⁷⁶. Les législations nationales doivent intégrer ces crimes dans des dispositions de droit pénal national afin que les juridictions nationales puissent exercer leur compétence mais « *celles-ci ne sont alors que déclaratives d'un crime existant en tant que tel en droit international coutumier qui, par définition, s'impose à tous* »⁷⁷. Cependant, indépendamment de la reconnaissance en droit international des règles de droit coutumier, les Etats parties au Statut de Rome sont tenus au respect de ses dispositions et acceptent la compétence de la CPI, en matière de crimes internationaux, mentionnés et définis par les articles 5 et suivants du Statut.

⁷⁶ ISABELLE FOUCHARD, *op. cit.*, p. 66.

⁷⁷ *Ibid.*

5. Le Statut de Rome

5.1. La mise en cause exclusive de la responsabilité pénale individuelle devant la CPI

La responsabilité pénale individuelle prévue par l'article 25 du Statut de Rome consacre le principe selon lequel seule la personne qui a personnellement commis l'infraction peut voir sa responsabilité pénale engagée, ce qui exclut la reconnaissance en droit pénal international d'une responsabilité collective pour la commission de crimes contre l'humanité. Cependant, la commission des crimes internationaux a une perspective collective dans le sens où il s'agit d'une somme de responsabilités individuelles qui devront être mises en cause. Il convient de déterminer l'élément intentionnel et le niveau de participation, à la lumière des articles 25 à 33 du Statut de la CPI, afin de pouvoir imputer la responsabilité des crimes contre l'humanité à ses auteurs. La responsabilité pénale individuelle a été consacrée comme principe du droit pénal relevant du droit international coutumier⁷⁸, c'est à l'occasion des procès de Nuremberg que la responsabilité pénale individuelle a été consacrée « *comme le premier des Principes du droit international consacrés par le Statut et le jugement du Tribunal de Nuremberg* »⁷⁹.

Le droit international pose le principe d'une responsabilité pénale individuelle, aux côtés de la responsabilité internationale des Etats et des organisations internationales. Elle permet d'assurer la mise en œuvre du droit pénal international, qui incrimine seulement une liste restreinte de crimes ; en outre, peu de tribunaux internationaux sont appelés à mettre en œuvre ce droit pénal international, c'est le cas de la CPI qui joue aujourd'hui un rôle central dans l'application dudit droit⁸⁰. Le problème tient au fait que de nombreux Etats refusent encore aujourd'hui d'engager les poursuites relatives à un crime international au niveau interne sans avoir préalablement procédé à une transposition des règles internationales dans le droit interne. Le refus est justifié par l'application de l'adage *nullum crimen, nulla poena sine lege scripta* qui pose le principe de la non-rétroactivité de la loi pénale. C'est dans le but de pallier à la violation de ce principe que la Suisse a édicté des normes qui sanctionnent les violations du droit humanitaire en 1967, le génocide en 2000, les crimes contre l'humanité en 2010 et les

⁷⁸ PHILIPPE CURRAT, *op. cit.*, p. 585.

⁷⁹ *Ibid.* et réf. citées.

⁸⁰ ANDREAS R. ZIEGLER, *op. cit.*, p. 129 et 130, n° 302.

crimes de guerre en 2010 dans son Code pénal suisse⁸¹.

5.2. L'exclusion des immunités devant la CPI et les limites au principe

Le Statut de Rome rejette la possibilité d'invoquer les immunités devant la CPI au travers de l'exclusion de la pertinence de la qualité officielle devant la Cour, toutefois cette exclusion n'est pas automatique et peut parfois nécessiter l'accord préalable de l'Etat au regard d'une contradiction relative aux dispositions des accords internationaux conclu par les Etats.

5.2.1. Le défaut de pertinence de la qualité officielle : l'article 27 du Statut de Rome

5.2.1.1. L'application du principe de la non-pertinence de la qualité officielle

Le Comité préparatoire du Statut de Rome a conclu lors de son élaboration, en prenant en compte les principes déjà dégagés par les tribunaux internationaux, comme Nuremberg, Tokyo, Yougoslavie, Rwanda, qu'il serait nécessaire d'exclure la possibilité d'invoquer la qualité officielle afin d'être exonéré de sa responsabilité individuelle pour les chefs d'Etat ou les chefs de gouvernement ou encore les hauts fonctionnaires d'un gouvernement⁸². Le Statut, à l'article 27, alinéa 1, pose le principe que la qualité officielle ne peut pas être invoquée afin de s'exonérer de sa responsabilité pénale ou d'en diminuer la peine pour les crimes reconnus par le Statut. Le Statut précise, en son deuxième alinéa, « *que aucune immunité, ni aucun privilège de juridiction, ne peut empêcher la Cour d'exercer sa compétence à l'égard d'une personne, que cette immunité soit reconnue au niveau international ou au niveau interne* »⁸³. L'alinéa 1^{er} de l'article 27 attire à l'imputabilité alors que le second touche à la question de l'immunité *ratione personae*. Comme nous l'avant déjà évoqué, l'immunité est attachée à la fonction protégée de son bénéficiaire, par conséquent, elle s'éteint à la fin du mandat auquel elle est attachée. Cet article affirme un principe fondamental, à savoir que les personnes sont pénalement responsables des actes accomplis et qui contreviennent au Statut, cela comprend les crimes d'une particulière gravité qui touchent l'ensemble de la communauté

⁸¹ *Ibid.*, p. 228, n° 506 ; RS 311.0.

⁸² XAVIER AUREY, *op. cit.*, art. 27, p. 843 et réf. citées.

⁸³ *Ibid.*, p. 844.

internationale. L'individualisation de la responsabilité pénale pour les crimes internationaux permet « *d'incriminer des titulaires d'une exemption de responsabilité que sont les chefs d'Etat ou les diplomates* »⁸⁴. C'est pour atteindre cet objectif que l'article 27 du Statut de Rome consacre que « *la qualification officielle de chef d'Etat ou de gouvernement n'exonère en aucun cas de la responsabilité pénale et que les immunités qui s'attachent à la qualité officielle d'une personne n'empêchent pas la CPI d'exercer sa compétence* »⁸⁵.

Le jugement des grands criminels de guerre à Nuremberg permettra d'affirmer pour la première fois la responsabilité pénale individuelle, en application de l'article 7 de son Statut, issu des Accords de Londres du 8 août 1945, c'est la gravité du crime international qui permet de faire obstacle à la reconnaissance d'une exemption. La question de la pertinence de la qualité officielle d'un individu est devenue le principe III formulé par la Commission du droit international, qui rappelle que la commission de crimes de droit international commis par un chef d'Etat ou de gouvernement ne l'exonère pas de sa responsabilité en droit international⁸⁶. Certains Etats ont opposé le droit constitutionnel à la reconnaissance d'une responsabilité individuelle des chefs d'Etat, nous pouvons à ce titre citer le Danemark. La Commission a adopté à l'article 11 du Code des crimes contre la paix et la sécurité humaine, devenu depuis lors l'article 7, un principe identique au principe III de Nuremberg mais ayant, néanmoins, une portée plus vaste puisqu'il comprend la qualité de chef d'Etat ou de gouvernement ainsi que plus largement les représentants d'un Etat.

C'est dans le rapport du 18 août 1995 du Comité *ad hoc* pour la création d'une cour criminelle internationale, sous la présidence de M. Gerhard Hafner, qu'il est fait mention pour la première fois de la non-pertinence de la qualité officielle. Le projet du Statut d'une cour criminelle internationale dit projet Syracuse proclamait que la qualité officielle d'une personne, agissant comme chef d'Etat ou de gouvernement ou comme haut fonctionnaire, ne peut ni l'exonérer de sa responsabilité pénale ni constituer un motif de diminution de la peine, comme en témoigne son article 33-2-2⁸⁷. En août 1996, la notion de qualité officielle sera précisée, puisque les membres du gouvernement ou du parlement, les élus et les agents de l'Etat y seront inclus. L'élargissement de la notion constitue un impact fort en matière de

⁸⁴ *Ibid.*, p. 845 et réf. citées.

⁸⁵ TPF 2012.97, consid. 5.3.5 et réf. citées.

⁸⁶ XAVIER AUREY, *op. cit.*, art. 27, p. 847 et réf. citées.

⁸⁷ *Ibid.*, p. 848 et réf. citées.

politique pénale internationale, elle a permis de mettre en évidence que tous les gouvernants, au sens large du terme, peuvent voir leur responsabilité pénale engagée devant la CPI⁸⁸.

5.2.1.2. La codification d'un principe de droit coutumier international

Le principe de non-pertinence de la qualité officielle a été affirmé à l'article IV de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide en 1948⁸⁹, en excluant explicitement l'irresponsabilité pénale des gouvernants, des fonctionnaires ou des particuliers. Par la suite, la Convention sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité⁹⁰, en son article III, a reconnu, en 1968, la responsabilité des représentants de l'autorité de l'Etat et enfin l'article 3 de la Convention pour la répression du crime d'apartheid de 1973⁹¹ engage la responsabilité des représentants de l'Etat. La non-pertinence de la qualité officielle et l'imputation de la responsabilité pénale individuelle ont, par la suite, été consacrées à l'article 7, alinéa 2 du Statut du Tribunal pénal pour l'ex-Yougoslavie⁹² et à l'article 6, alinéa 2 du Statut du Tribunal pénal pour le Rwanda⁹³.

Les résolutions de l'Assemblée générale et du Conseil de sécurité des Nations Unies sont une manifestation de « *la pratique générale et cohérente quant au possible statut coutumier du principe de la responsabilité pénale internationale de tous les organes étatiques pour crimes internationaux* »⁹⁴. A ce sujet, la CIJ a rappelé que les résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies peuvent servir d'éléments de preuves ayant une importance permettant d'établir l'existence d'une règle ou l'émergence d'une *opinio juris*. De plus, les résolutions successives adoptées par l'Assemblée générale ou le Conseil de sécurité des Nations Unies sont l'illustration d'une évolution de l'*opinio juris* qui est nécessaire à l'établissement d'une règle nouvelle⁹⁵. Par ailleurs, la jurisprudence du TPIY consacre la validité de l'article 7,

⁸⁸ *Ibid.*, p. 849.

⁸⁹ Assemblée générale des Nations Unies, Résolution 260 A (III), 9 décembre 1948 ; RS 0311.11.

⁹⁰ Assemblée générale des Nations Unies, Résolution 2391 (XXIII), 26 novembre 1968.

⁹¹ Assemblée générale des Nations Unies, Résolution 3068 (XXVIII), 30 novembre 1973.

⁹² Conseil de sécurité des Nations Unies, Résolution 827, 25 mai 1993.

⁹³ Conseil de sécurité des Nations Unies, Résolution 955, 8 novembre 1994.

⁹⁴ XAVIER AUREY, *op cit.*, art. 27, p. 850 et réf. citées.

⁹⁵ CIJ, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996, p. 254 et 255, § 70.

alinéa 2 du Statut, « *qui reprend une règle de droit international coutumier* »⁹⁶ et affirme que « *la valeur coutumière de l'article est encore confirmée par son incorporation dans un grand nombre d'autres instruments, ainsi que dans la jurisprudence* »⁹⁷.

5.2.1.3. La ratification du Statut de Rome par les Etats : préambule de la compétence de la CPI

Selon certains auteurs, la raison d'être des tribunaux pénaux internationaux est d'exclure les immunités des agents de l'Etat, pourtant, cette position est contrebalancée par la caractéristique conventionnelle de la CPI⁹⁸. Ainsi, le Statut de Rome est soumis au droit conventionnel et au droit coutumier des traités⁹⁹, il prévoit que les immunités, attachées à la qualité officielle de son titulaire, en vertu du droit interne ou du droit international, ne font pas obstacle à la compétence de la CPI pour juger les chefs d'Etat ou de gouvernement ou toute personne bénéficiant de ladite qualité. Cette règle a une valeur de *lex specialis* pour les Etats parties, elle déroge à la *lex generalis*, conventionnelle et coutumière du droit consacrant les immunités. On peut en déduire que les agents de l'Etat bénéficiant d'une immunité ou d'un privilège de juridiction pourront être jugés par la Cour durant l'exercice de leurs fonctions¹⁰⁰.

5.2.1.4. Les législations ou les Constitutions nationales à l'appui de la poursuite des hauts responsables de l'Etat

Il n'y a que peu d'Etats qui, pour l'instant, ont modifié leur législation ou leur Constitution afin de permettre aux tribunaux nationaux de juger les hauts responsables de l'Etat pour les crimes reconnus par le Statut de Rome. Nous pouvons citer à titre d'exemple, la France qui a modifié sa Constitution dans le but de reconnaître la compétence de la CPI en son article 53-2, celui-ci permet de juger le Président de la République pour les crimes inscrits au Statut de

⁹⁶ TPIY, *Le Procureur c/ Slobodan Milošević*, Chambre de première instance, Décision relative aux exceptions préjudicielles, 8 novembre 2001, § 28.

⁹⁷ *Ibid.*, § 29.

⁹⁸ XAVIER AUREY, *op. cit.*, art. 27, p. 851 et réf. citées.

⁹⁹ *Ibid.*, p. 853.

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 854.

Rome mais ne permet pas à ses articles 67 et 68 de lever l'immunité personnelle du Président pendant son mandat devant une juridiction nationale¹⁰¹.

Pour légitimer le principe de l'universalité, qui permet la poursuite des crimes d'une extrême gravité, tout en respectant les principes de l'Etat de droit et les exigences posées par le principe de légalité du droit pénal, la poursuite et la répression de ces crimes doivent reposer sur des « *bases légales transparentes et efficaces* ». Une partie de la doctrine avait mis en garde sur le fait qu'une référence imprécise aux conventions internationales et au droit international coutumier pourrait remettre en cause la sécurité du droit. Le législateur suisse, dans le but de se conformer au principe de légalité, a adopté des dispositions en ce sens, c'est le cas des articles 264 et suivants du Code pénal suisse¹⁰² et des articles 108 et suivants du Code pénal militaire¹⁰³ qui permettent, aujourd'hui, de punir les infractions du droit international humanitaire, qui est le droit applicable dans le contexte des conflits armés¹⁰⁴.

5.2.2. La coopération en relation avec la renonciation à l'immunité et le consentement à la remise : l'article 98 du Statut de Rome

La coopération judiciaire des Etats avec la CPI soulève deux questions, la première étant la mise en œuvre par un Etat d'un mandat d'arrêt ayant été délivré par la CPI contre le titulaire d'une immunité et la seconde étant la réponse donnée par les officiels d'un Etat à des injonctions de la CPI¹⁰⁵. L'article 98 du Statut de Rome constitue une dérogation au régime de coopération¹⁰⁶ imposée par le Statut lui-même. L'application de l'article 98, tant en son paragraphe premier que second, a soulevé une certaine controverse quant à sa mise en œuvre. « *En effet, le premier paragraphe semble a priori contredire l'article 27 du Statut de Rome tandis que le second a été invoqué par les Etats-Unis pour fonder et légitimer la conclusion d'accords bilatéraux protégeant tous ses ressortissants [...] d'une éventuelle remise à la Cour sans leur consentement* »¹⁰⁷.

¹⁰¹ *Ibid.*, p. 860 et réf. citées.

¹⁰² RS 311.0.

¹⁰³ RS 321.0.

¹⁰⁴ Message relatif à la modification de lois fédérales en vue de la mise en œuvre du Statut de Rome de la Cour pénale internationale du 23 avril 2008, p. 3478, ch. 1.3.1.1.

¹⁰⁵ XAVIER AUREY, *op. cit.*, art. 27, p. 860.

¹⁰⁶ JASON RALPH, *Commentaire du Statut de Rome de la CPI*, Paris 2012, Pedone, art. 98, p. 1913.

¹⁰⁷ *Ibid.*, p. 1914.

5.2.2.1. Le compromis entre les contradictions des dispositions de l'articles 27-2 et de l'article 98-1 du Statut de Rome

L'article 98-1 du Statut de Rome reconnaît la contradiction pouvant exister entre les obligations des Etats parties au respect des immunités et les demandes de la CPI d'arrêter et de lui remettre un chef d'Etat ou de gouvernement d'un Etat tiers. Il convient de préciser que l'Etat tiers ne s'entend pas comme un Etat tiers au Statut de Rome mais uniquement comme « *une tierce partie par rapport à la demande de remise de la Cour à un Etat requis* »¹⁰⁸. Il est nécessaire de se demander si un Etat partie au Statut doit violer les obligations qui lui incombent en matière d'immunités si la CPI lui demande la remise d'un ressortissant d'un Etat non partie au Statut et bénéficiant d'une immunité ; en effet, l'article 27 du Statut de Rome n'est opposable qu'aux Etats parties puisqu'il n'est pas déclaratif du droit international coutumier, on pourrait en déduire qu'il interdit la poursuite des « *dirigeants et responsables bénéficiant d'une immunité diplomatique quelle que soit la nature du crime suspecté, devant une juridiction autre que celle de l'Etat dont ils sont ressortissants* »¹⁰⁹.

L'article 98-1 du Statut aurait pour objectif de protéger le droit international des immunités pour les ressortissants des Etats non parties au Statut de Rome. La limite de cette restriction à la compétence de la CPI tiendrait à la volonté du Conseil de sécurité des Nations Unies, en effet, en vertu du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies, le Conseil de sécurité des Nations Unies, au travers de l'adoption d'une résolution, peut déférer une situation à la CPI et décider d'écarter les immunités empêchant la remise d'une personne sous le coup d'un mandat délivré par le Procureur de la CPI. La situation du Président Omar Al Bashir a été déférée à la CPI conformément à la résolution 1593¹¹⁰ du Conseil de sécurité des Nations Unies qui fonde la compétence de la Cour¹¹¹, alors que le Soudan n'est pas partie au Statut de Rome. Le Procureur de la CPI a aussi été saisi par le Conseil de sécurité des Nations Unies de la situation en Libye par l'adoption à l'unanimité de la Résolution 1970¹¹².

¹⁰⁸ *Ibid.*

¹⁰⁹ *Ibid.*, p. 1915.

¹¹⁰ Conseil de sécurité des Nations Unies, Résolution 1593, 31 mars 2005.

¹¹¹ JASON RALPH, *op. cit.*, art. 98, p. 1915.

¹¹² Conseil de sécurité des Nations Unies, Résolution 1970, 26 février 2011.

La CPI a eu l'occasion de se prononcer sur l'éventuelle discordance entre les dispositions de l'article 27-2 et de l'article 98-1 du Statut de Rome, concernant le refus du Tchad d'arrêter et de remettre le Président Al Bashir à la CPI. La Chambre préliminaire, dans son raisonnement concernant le Malawi incorporé à la décision concernant la situation au Darfour, a conclu que l'immunité des chefs d'Etat, en exercice ou non, ne pouvait pas être invoquée pour s'opposer aux poursuites devant une juridiction internationale ; ce principe de droit international s'appliquant aux chefs d'Etat, indifféremment du fait de savoir si l'Etat est partie ou non au Statut, lorsque la CPI est compétente. La jurisprudence de la Cour reconnaît qu'il existe un conflit entre les dispositions de l'article 27-2 et l'article 98-1 du Statut de Rome mais refuse aux Etats la possibilité d'invoquer l'article 98-1 du Statut pour se délier des demandes de coopération de la CPI. Enfin, la CPI affirme que le droit international coutumier crée une exception à l'immunité des chefs d'Etat lorsqu'une juridiction internationale demande leur arrestation pour la commission de crimes internationaux¹¹³. Elle constate, à l'appui de son raisonnement, que le nombre croissant de procédures engagées devant des juridictions internationales contre des chefs d'Etat, depuis la fin de la seconde guerre mondiale, témoigne d'une « *pratique largement reconnue et acceptée* »¹¹⁴. Ainsi, conformément à l'article 98-1 du Statut et « *en accord avec le principe du consentement qui fonde la compétence de la Cour, l'Etat d'envoi du diplomate ou du représentant peut lever l'immunité dont il bénéficie. Dans un tel cas d'espèce, la Cour doit solliciter la coopération d'un Etat non partie au Statut. Si cet Etat lève l'immunité de son représentant, l'Etat de résidence doit coopérer avec la Cour* »¹¹⁵.

5.2.2.2. Les accords bilatéraux faisant échec à la compétence de la CPI pour les ressortissants américains sur le fondement de l'article 98-2 du Statut de Rome

La Section 2007¹¹⁶ de l'ASPA¹¹⁷ gouverne les relations des Etats-Unis avec d'autres Etats et

¹¹³ CPI, *Situation au Darfour (Soudan), Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, Chambre préliminaire I, Décision rendue en application de l'article 87-7 du Statut de Rome concernant le refus de la République du Tchad d'accéder aux demandes de coopération délivrées par la Cour concernant l'arrestation et le remise d'Omar Hassan Ahmad Al Bashir, Affaire n° ICC-02/05-01/09, 13 décembre 2011, § 13.

¹¹⁴ *Ibid.*

¹¹⁵ JASON RALPH, *op. cit.*, art. 98, p. 1917.

¹¹⁶ SEC. 2007. PROHIBITION OF UNITED STATES MILITARY ASSISTANCE TO PARTIES TO THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT.

¹¹⁷ American Service-Members' Protection Act.

pose le principe de l'interdiction de toute assistance militaire américaine aux gouvernements des Etats parties à la CPI, afin de s'extraire de toute éventuelle poursuite par la Cour puisque les Etats-Unis ont refusé de ratifier le Statut de Rome. Cette interdiction ne s'applique pas à l'encontre des Etats considérés comme protégés, comme les membres de l'OTAN ou les alliés reconnus comme tels par les Etats-Unis. Néanmoins, le Président peut lever l'interdiction si les Etats visés par la disposition consentent à conclure un accord bilatéral, sur le fondement de l'article 98-2 du Statut, excluant la compétence de la CPI à l'égard du personnel américain présent sur le territoire de l'Etat en question¹¹⁸. En effet, ledit article reconnaît que l'obligation de remise d'un suspect à la CPI peut entrer en conflit avec les obligations d'une partie, en vertu d'accords bilatéraux conclus avec d'autres Etats, les accords bilatéraux visés, pouvant faire obstacle à la poursuite de l'exécution de la demande de remise par la Cour, sont ceux qui nécessitent le consentement de l'Etat d'envoi. Les Etats-Unis considèrent l'article 98-2 du Statut comme un moyen d'exempter leurs citoyens de la compétence de la CPI¹¹⁹. L'administration Bush a été particulièrement ferme dans les négociations des accords bilatéraux de non remise¹²⁰. L'argument avancé par l'administration américaine est celui de faire obstacle à la compétence de la CPI car elle n'a pas été acceptée par un processus démocratique, de ce fait, elle affirme que les accords bilatéraux sont totalement compatibles avec l'article 98-2 du Statut¹²¹. Or, cette interprétation de l'article 98-2 du Statut a été vivement critiquée par certaines ONG.

5.2.2.2.1. Les accords internationaux pouvant faire échec à la compétence de la CPI

Une partie de la doctrine considère, concernant les accords bilatéraux pouvant faire échec à la compétence de la CPI, qu'il ne peut s'agir que d'accords antérieurs à la négociation du Statut de Rome, cette position a également été soutenue par les ONG qui ont prétendu que l'article 98-2 du Statut ne pouvait se rapporter qu'aux accords conclus avant la création de la CPI. A contrario, les Etats-Unis ont considéré que les accords de non-remise conclus après l'entrée en vigueur de la CPI sont compatibles avec la lettre du Statut, cette position n'a pas été rejetée par les milieux universitaires¹²². La disposition du Statut de Rome considère qu'il doit s'agir

¹¹⁸ JASON RALPH, *op. cit.*, art. 98, p. 1917.

¹¹⁹ *Ibid.*, p. 1918.

¹²⁰ *Ibid.*, p. 1920.

¹²¹ *Ibid.*, p. 1919.

¹²² *Ibid.*, p. 1919 et réf. citées.

d'« obligations qui lui incombent en vertu d'accords internationaux », cela ne laisse pas sous-entendre que les Accords en question doivent avoir été conclus antérieurement à l'entrée en vigueur du Statut de Rome de la CPI, tout du moins au regard du peu de précision de l'article.

L'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, dans sa résolution 1300¹²³ adoptée le 25 septembre 2002, affirmait qu'elle soutenait les Etats membres du Conseil de l'Europe ayant refusé de conclure des accords d'immunité bilatéraux. La pratique américaine, la résolution 1593 du Conseil de sécurité des Nations Unies relative à la saisine de la CPI dans la situation du Darfour (Soudan) faisant référence aux accords visés par l'article 98-2 du Statut ou les principes directeurs adoptés par l'UE en 2002 et reconnaissant la possibilité pour les Etats parties au Statut de Rome de conclure lesdits accords sont autant d'éléments permettant de retenir que l'article 98-2 ne doit pas faire l'objet d'une interprétation trop restrictive empêchant les Etats partie au Statut de conclure des accords¹²⁴.

5.2.2.2. La qualité des personnes visées par l'exonération de l'article 98-2 du Statut de Rome

La condition imposée par l'article 98-2 du Statut est que l'Etat d'envoi doit consentir à la remise de la personne recherchée, par conséquent, la personne doit avoir « été envoyée dans l'Etat requis [...] en raison de sa qualité particulière ou pour accomplir une mission précise ». Les personnes protégées sont celles expressément envoyées par un des Etats contractants, dans le cadre de missions officielles. L'administration Bush, en invoquant les accords bilatéraux conclus par les Etats-Unis, avait pour objectif de protéger tous les ressortissants américains. La proposition de texte de l'accord bilatéral d'immunité avec les Etats-Unis, ayant été transmis à des ONG en juillet 2002, mentionnait l'interdiction aux Etats de remettre directement à la CPI ou par l'intermédiaire d'une tierce partie, des agents gouvernementaux, en service ou non, des employés, des personnels militaires ou des ressortissants américains. Cependant, l'UE, dans ses principes directeurs, a considéré que les accords conclus avec les Etats-Unis étaient contraires aux obligations des Etats parties à la CPI au regard du Statut mais aussi à d'autres accords internationaux conclus par les Etats parties. L'UE n'interdit pas à ses Etats membres de conclure des accords de non-remise avec

¹²³ Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, Résolution 1300, 25 septembre 2002.

¹²⁴ JASON RALPH, *op. cit.*, art. 98, p. 1922 et réf. citées.

les Etats-Unis mais précise dans ses principes directeurs, que « *toute solution ne devrait viser que les personnes présentes sur le territoire d'un Etat requis parce qu'elles y ont été envoyées par un Etat d'envoi (cf. article 98 paragraphe 2 du Statut de Rome)* ». L'UE impose que les accords conclus entre les Etats membres et les Etats-Unis doivent garantir au travers de règles précises que les auteurs de crimes internationaux ne pourront pas se prévaloir d'immunité et qu'ils seront du ressort de la CPI¹²⁵, ce qui vide en substance la possibilité pour les Etats-Unis d'échapper à leur responsabilité pénale internationale. Les accords conclus avec les Etats-Unis ne peuvent être valablement opposables à la CPI et ne peuvent faire échec à sa demande de remise, c'est tout du moins l'interprétation d'une partie de la doctrine qui a considéré que « *les accords de non-remise conclus au regard de l'article 98 ne s'appliquent qu'aux personnes qui se trouvent sur le territoire de l'Etat < du fait d'un acte de l'Etat d'envoi > (i.e. en envoyant sur le territoire de l'Etat requis un diplomate ou un membre d'une forme militaire reçue dans le cadre d'un SOFA¹²⁶)* »¹²⁷. La position soutenue par l'UE et une partie de la doctrine a été niée par l'administration Bush, puisque les Etats-Unis excluent une interprétation extensive du principe.

L'accord international mentionné à l'article 98-2 du Statut impose une ultime condition, qui s'impose à la lumière de l'objet et du but du traité, non expressément mentionnée, pour qu'il soit opposable à la CPI, celle que « *l'Etat d'envoi exercera sa compétence pénale à l'égard des personnes recherchées* ». Sans l'exercice de cette compétence, l'Etat partie au Statut permettrait à un individu sur lequel la CPI estime avoir compétence d'échapper à la justice pénale, en lui permettant d'être remis à l'Etat d'envoi sans pour autant avoir la garantie qu'une enquête ou une poursuite ne soient menées. Il convient, en effet, d'apprécier l'article 98-2 du Statut comme une limite à l'obligation générale de coopération des Etats et non pas comme « *une limite à la lutte contre l'impunité comme objectif et au principe de complémentarité comme moyen* ». Par conséquent, il est peu probable que la CPI considère les accords bilatéraux conclus par les Etats membres comme pouvant faire obstacle à sa compétence au regard du peu de précisions que contiennent ces accords quant à « *l'exercice de la compétence pénale de l'Etat d'envoi à l'égard des personnes en cause et pour les faits qui leur sont reprochés* »¹²⁸.

¹²⁵ *Ibid.*, p. 1923 et réf. citées.

¹²⁶ Status of Forces Agreement.

¹²⁷ JASON RALPH, *op. cit.*, art. 98, p. 1924.

¹²⁸ *Ibid.*, p. 1926.

Les accords bilatéraux types conclus par les américains n'imposent aucune obligation quant à la nécessité pour les Etats-Unis d'enquêter et de poursuivre leurs ressortissants ou les personnes protégées qui bénéficient, en vertu de ces accords, d'une immunité à la remise devant la CPI. Cependant, les Etats-Unis vont modifier leur politique, « *conscients du caractère déraisonnable de leur campagne bilatéral et des mesures de rétorsion liées à celle-ci* »¹²⁹. Les Etats-Unis ont cessé la conclusion de ces accords, puisque le dernier du genre a été conclu avec le Monténégro en 2007.

5.3. La compétence de la CPI en matière de crimes internationaux

La CPI est une institution permanente, compétente « *à l'égard des personnes pour les crimes les plus graves ayant une portée internationale* » au sens du Statut de Rome, comme en dispose son article 1^{er}. La compétence de la CPI est limitée aux crimes les plus graves qui touchent l'ensemble de la communauté internationale, c'est-à-dire qu'elle est compétente à l'égard des crimes de génocide, définis comme les actes « *commis dans l'intention de détruire, en tout ou en partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux* », des crimes contre l'humanité, définis comme les actes « *commis dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique lancée contre toute population civile et en connaissance de cette attaque* », des crimes de guerre, définis comme des crimes qui s'inscrivent dans « *le cadre d'un plan ou d'une politique ou lorsqu'ils font partie d'une série de crimes analogues commis sur une grande échelle* » et des crimes d'agression, entendus comme « *la planification, la préparation, le lancement ou l'exécution par une personne effectivement en mesure de contrôler ou de diriger l'action politique ou militaire d'un Etat, d'un acte d'agression qui, par sa nature, sa gravité et son ampleur, constitue une violation manifeste de la Charte des Nations Unies du 26 juin 1945* », selon les définitions données à l'article 5 du Statut de Rome.

La CPI, concernant sa compétence *ratione temporis*, n'est compétente qu'à l'égard des crimes commis après l'entrée en vigueur du Statut de Rome, soit après le 17 juillet 1998, comme en dispose l'article 11-1 du Statut, cependant, les crimes relevant de la compétence de la CPI ne se prescrivent pas, en vertu de l'article 29 du Statut. La seule responsabilité pouvant être engagée devant la CPI est la responsabilité pénale individuelle (art. 25-1 du Statut) concernant

¹²⁹ *Ibid.* et réf. citées.

les personnes âgées de plus de 18 ans (art. 26 du Statut). La Cour est compétente à l'égard des crimes mentionnés à l'article 5 du Statut lorsque la situation est déférée au Procureur par un Etat partie, comme le prévoit l'article 14 du Statut, ou par le Conseil de sécurité agissant en vertu du chapitre VII de la Charte des Nations Unies voire encore lorsque le Procureur ouvre spontanément une enquête sur les crimes relevant de la compétence de la CPI, en vertu de l'article 15 du Statut de Rome. En outre, l'article 16 du Statut précise qu'« aucune enquête ni aucune poursuite ne peuvent être engagées ni menées en vertu du présent Statut pendant les douze mois qui suivent la date à laquelle le Conseil de sécurité a fait une demande en ce sens à la Cour dans une résolution adoptée en vertu du chap. VII de la Charte des Nations Unies ».

5.4. L'immunité reconnue par le Statut de Rome

Le Statut de Rome consacre lui-même une immunité des représentants des Etats participant aux travaux de l'Assemblée et de ses organes subsidiaires ainsi que des organisations intergouvernementales au travers de l'Accord sur les privilèges et immunités de la Cour pénale internationale¹³⁰. Cet Accord a été adopté par l'Assemblée des Etats parties les 3 et 10 septembre 2002 à New York, il se fonde sur les articles 4 et 48 du Statut de Rome dans son Préambule pour asseoir sa légitimité. L'article 13 de l'Accord confère aux représentants des Etats des privilèges et l'immunité d'arrestation et de détention dans l'exercice de leurs fonctions officielles et au cours des déplacements entre l'Etat de destination ou de provenance et le lieu de la réunion. Ces représentants bénéficient d'une immunité absolue de juridiction pour les paroles et les écrits durant les séances de l'Assemblée, dans le but de leur permettre de s'exprimer librement, mais aussi pour les actes qu'ils ont accomplis en leur qualité officielle ; cette protection demeure après que ces personnes aient cessé d'exercer leurs fonctions officielles. En outre, ils bénéficient des mêmes protections et des mêmes facilités de rapatriement que celles accordées aux agents diplomatiques en période de crise internationale, comme le dispose l'article 13-1, lettre h du présent Accord. Ces immunités ont pour seul objectif de permettre le bon fonctionnement des Assemblées des Etats parties. Ainsi, en tant que représentants d'Etats souverains, ils ne peuvent faire l'objet d'aucune arrestation durant les déplacements officiels liés à leurs fonctions officielles.

¹³⁰ Assemblée des Etats parties, ICC-ASP/1/3, 9 septembre 2002 ; RS 0.192.110.931.2.

5.5. Le refus de certains Etats de ratifier le Statut de Rome : La différence entre les Etats parties et les Etats non parties

5.5.1. Les Etats tiers au Statut de Rome

Le refus de certains membres permanents du Conseil de sécurité, comme les Etats-Unis, la Chine ou la Russie, de ratifier le Statut de Rome et les accords passés par ces pays pour garantir l'immunité de leurs forces armées devant la CPI ont affaibli de manière non négligeable l'autorité de celle-ci¹³¹. En effet, en l'absence de législateur international, ce sont les Etats eux-mêmes, en vertu de leur égale souveraineté, qui déterminent le sens et la portée des règles par lesquelles ils se connaissent liés. En effet, le droit international se définit par son caractère autonormateur, c'est-à-dire par l'interprétation des Etats de leurs propres obligations internationales¹³².

5.5.1.1. Les immunités personnelles des officiels des Etats tiers au Statut de Rome

Le Statut de Rome a la qualité de convention internationale et la CPI a la valeur d'une juridiction interétatique pour les Etats tiers au Statut, et non pas d'une juridiction internationale (ce que dénie la CPI dans sa décision de décembre 2011 sur la situation au Soudan). Il en ressort que, face aux ressortissants des Etats tiers, les immunités personnelles continuent à s'exercer si l'Etat en question n'a pas accepté la compétence de la CPI ou levé l'immunité de l'agent de l'Etat. Les relations entre les Etats tiers et la CPI devraient par conséquent être réglées par la voie bilatérale. Il est, en effet, possible qu'il existe des relations entre des Etats tiers et la CPI mettant en jeu les immunités personnelles, en vertu des articles 12 et 13 du Statut, la compétence *ratione materiae* ou *ratione loci* de la CPI s'exerce dans un cas d'espèce déterminé. Le problème d'interprétation peut être soulevé au regard de l'article 13, lettre b du Statut, selon lequel, le Conseil de sécurité des Nations Unies a le pouvoir de déférer une situation au Procureur de la CPI, conformément au Chapitre VII de la Charte des Nations Unies, dans ce cas, aucune acceptation de la compétence de la Cour par l'article 12

¹³¹ ANDREAS R. ZIEGLER, *op. cit.*, p. 341 et 342, n° 771.

¹³² DENYS SIMON, *L'interprétation judiciaire des traités d'organisations internationales*, Paris 1981, Pedone, p. 19.

du Statut n'est nécessaire¹³³. Il est, par conséquent, possible d'opposer à un Etat tiers l'article 27, alinéa 2 pour dénier toute immunité personnelle à l'un de ses officiels ; cela a été le cas de la situation au Darfour, depuis le 1^{er} juillet 2002, et de la Libye, depuis le 15 février 2011, qui ne sont pas parties au Statut¹³⁴.

5.5.1.2. Les fonctions attribuées à la CPI

Il convient de préciser les deux fonctions attribuées à la CPI, la première consiste à lui attribuer une fonction de juridiction interétatique pour les crimes relevant de sa compétence conformément à l'article 5 du Statut de Rome, soit le crime de génocide, les crimes contre l'humanité, les crimes de guerre ainsi que le crime d'agression, dans ce cas, la levée des immunités des officiels des Etats membres est alors automatique, alors que pour les Etats tiers la compétence de la CPI, au regard des immunités, est conditionnée par l'acceptation de sa compétence par lesdits Etats pour la situation donnée ou par la levée de leur immunité pour les individus concernés. La seconde fonction est celle mentionnée à l'article 13-b du Statut permettant au Conseil de sécurité des Nations Unies, agissant en vertu de l'article XII de la Charte des Nations Unies, de déférer au Procureur une situation dans laquelle un ou des crimes, relevant de l'article 5 du Statut de Rome, ont été commis. Le Conseil de sécurité des Nations Unies a la capacité d'internationaliser la compétence de la CPI, « *comme s'il créait un nouveau tribunal pénal international* »¹³⁵.

5.5.2. La vision de la CPI et des juridictions internationales

Les juridictions pénales internationales ont dans leurs jurisprudences constantes affirmées que la non-pertinence de la qualité officielle était la transcription d'une règle de droit coutumier¹³⁶, par conséquent, l'article 27, alinéa 1 du Statut de la CPI serait la formalisation d'une coutume au niveau international. La concrétisation de cette règle de droit coutumier suppose que la responsabilité individuelle pour les crimes internationaux soit mise œuvre pour

¹³³ XAVIER AUREY, *op. cit.*, art. 27, p. 854.

¹³⁴ *Ibid.*, p. 855.

¹³⁵ XAVIER AUREY, *op. cit.*, art. 27, p. 856.

¹³⁶ *Ibid.*, p. 850 et réf. citées.

les Etats parties au Statut mais plus largement pour tous les Etats tiers¹³⁷. Les Etats ont voulu mettre en place un système permettant de lutter véritablement contre l'impunité, comme en témoigne la mise en accusation de Slobodan Milošević par le TPIY, alors qu'il était encore en exercice, voire le mandat d'arrêt délivré par le Procureur de la CPI à l'encontre de Omar Al Bashir, actuel président du Soudan. Cela conduit à retenir le postulat selon lequel la nature spécifique des crimes internationaux prévaut devant les juridictions internationales sur la qualité officielle de la personne accusée. Cet argument, qui au plan international ne soulève que peu de débat, reste au contraire plus discutable au plan national. En effet, les juridictions nationales, dans leur volonté de maintenir un certain équilibre entre les Etats souverains, privilégient la qualité des représentants des Etats sur la nature des crimes perpétrés, « *même si la pratique témoigne, depuis l'affaire Pinochet, d'un assouplissement en ce qui concerne le jugement des anciens dirigeants étatiques pour crime supranational* »¹³⁸.

5.5.3. Les pouvoirs attribués aux Etats et à leurs juridictions

Les Etats au travers de leur volonté d'instituer des juridictions pénales dans l'ordre juridique international, compétentes pour juger les crimes internationaux, qui se caractérisent par leur gravité et le statut officiel de leurs responsables, démontrent leur volonté de faire « *prévaloir les intérêts de la justice sur la raison d'Etat* »¹³⁹. Une évolution contemporaine du droit international pénal paraît limiter les effets des législations nationales d'amnistie à l'égard des juridictions pénales étrangères et internationales lorsqu'elles ont trait à des crimes graves donnant lieu à une compétence universelle à l'égard de tous les Etats. Les Etats, en vertu du droit international coutumier, ont la faculté d'exercer une compétence universelle pour juger les auteurs des crimes supranationaux qui sont présents sur leur territoire, cela indépendamment de tout engagement international ou de toute acceptation de leur compétence¹⁴⁰. Par conséquent, le principe d'universalité permet aux Etats d'exercer leur compétence en matière de juridiction pénale, indifféremment du lieu de commission du crime ou de la nationalité de l'auteur ou de la victime. Les crimes internationaux constituent des

¹³⁷ *Ibid.*

¹³⁸ ISABELLE FOUCHARD, *op. cit.*, p. 75 et réf. citées.

¹³⁹ *Ibid.*

¹⁴⁰ *Ibid.*, p. 78 et réf. citées.

violations graves des droits humains devant conduire à l'exercice de la juridiction pénale nationale pour réprimer les crimes reconnus par le droit international coutumier¹⁴¹.

6. La compétence subsidiaire de la CPI

6.1. La compétence des autorités nationales en matière de poursuite pénale pour le crime de génocide, les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité

La volonté des juridictions nationales de lutter contre l'impunité des crimes internationaux est une tendance qui a particulièrement émergé depuis les années 1990, on peut citer, à titre d'exemple, « *les arrêts rendus dans cette même période par la Chambre des Lords au sujet de l'ancien président chilien Augusto Pinochet* ». L'autorité britannique a eu l'occasion de se prononcer à trois reprises sur l'immunité de l'ancien dictateur, elle a considéré que cette immunité ne pouvait pas être opposée à sa responsabilité pénale pour des violations des droits de l'homme commis en dehors de ses fonctions de chef d'Etat. La Cour a estimé que la Convention contre la torture était incompatible avec le principe de l'immunité *ratione materiae* pour les actes de torture commis durant la période du mandat de l'ancien chef d'Etat. Depuis l'affaire Pinochet, « *les immunités ratione materiae des anciens chefs d'Etat ne sont plus garanties automatiquement face à la responsabilité individuelle en matière pénale, même pour les actes commis durant leurs activités officielles* »¹⁴².

Le droit suisse, quant à lui, confère aux autorités helvétiques le pouvoir de poursuivre pénalement les auteurs de génocide, de crimes de guerre et de torture, indépendamment du lieu de commission de l'acte ou de la nationalité de l'auteur. La législation suisse entend, en outre, étendre le principe de l'universalité (ou le principe de compétence universelle) aux crimes contre l'humanité. La compétence de la suisse pour poursuivre les crimes internationaux n'est pas générale, en effet, deux conditions sont nécessaires pour fonder la compétence des autorités suisses : il faut que l'auteur ait séjourné en Suisse et qu'il ne puisse

¹⁴¹ Message relatif à la modification de lois fédérales en vue de la mise en œuvre du Statut de Rome de la Cour pénale internationale du 23 avril 2008, p. 3488-3489, ch. 1.3.2.41.

¹⁴² TPF 2012.97, consid. 5.3.5 et réf. citées.

pas être extradé¹⁴³. La mise en oeuvre législative a été concrétisée par les articles 264 à 264n CP. C'est en 1997 lorsque le Conseil fédéral envisageait de proposer à l'Assemblée fédérale l'adhésion de la Suisse à la Convention internationale pour la prévention et la répression du crime de génocide du 9 décembre 1948 que s'est imposée la nécessité de modifier la législation suisse afin d'adapter un « *ordre juridique interne pour réprimer expressément le génocide* »¹⁴⁴, cette application a été mise en œuvre par l'article 264 CP. Cependant, les actes commis à l'étranger, par un étranger et contre un étranger permettent aux autorités suisses de renoncer à poursuivre l'auteur lorsqu'un tribunal étranger ou un tribunal international pénal, qui est reconnu par la Confédération, décide d'engager des poursuites pénales ou lorsque l'auteur ne se trouve plus en Suisse, il s'agit du principe de subsidiarité par rapport à une juridiction étrangère ou à un tribunal international compétent à titre principal¹⁴⁵. La doctrine considère que l'action pénale doit être engagée en Suisse lorsque l'extradition est impossible ou « *lorsqu'elle risque d'aboutir à l'impunité de l'auteur, soit parce que les autorités de l'Etat requérant sont dans l'incapacité de poursuivre, soit lorsque par opportunisme, elles décident de renoncer à poursuivre et d'infliger toute peine. Pour juger de la réelle capacité et volonté de l'Etat requérant, certains auteurs suggèrent que le juge suisse s'inspire de l'art. 17 § 1 du Statut de la CPI* »¹⁴⁶.

6.2. La compétence de la CPI en cas d'inertie des Etats

La compétence de la CPI est complémentaire à celle des tribunaux nationaux, en effet, elle ne constitue qu'une alternative à la poursuite et au jugement des auteurs de crimes internationaux mentionnés à l'article 5 du Statut, dans le cas où les juridictions nationales n'ont pas la volonté ou ne sont pas en mesure de mener à bien l'enquête ou les poursuites pénales. Il convient de préciser que la compétence est, en premier lieu, du ressort des juridictions les plus concernées, ainsi l'Etat incapable d'enquêter ou de poursuivre doit démontrer « *l'effondrement de la totalité ou d'une partie substantielle de son propre appareil*

¹⁴³ Message relatif à la modification de lois fédérales en vue de la mise en œuvre du Statut de Rome de la Cour pénale internationale du 23 avril 2008, p. 3488, ch. 1.3.2.

¹⁴⁴ STEFAN DISCH, *L'homicide intentionnel (étude des art. 111, 112, 113, 114 et 116 du Code pénal suisse)*, Lausanne 1999, p. 153.

¹⁴⁵ Message relatif à la modification de lois fédérales en vue de la mise en œuvre du Statut de Rome de la Cour pénale internationale du 23 avril 2008, p. 3495-3496, ch. 1.3.2.4.

¹⁴⁶ M. DUPUIS/B. GELLER/G. MONNIER/L. MOREILLON/C. PIGUET/C. BETTEX/D. STOLL, *Petit Commentaire CP*, Bâle 2012, art. 264m CP, n° 9 et réf. citées.

judiciaire ». Il existe trois situations pouvant faire obstacle à la poursuite pénale des auteurs de crimes internationaux : la procédure a été engagée dans le but de soustraire l'auteur à sa responsabilité pénale ; ou la procédure a subi un retard injustifié ou enfin la procédure n'a pas été menée de manière indépendante et impartiale¹⁴⁷. Le mécanisme de subsidiarité est explicitement prévu à l'article 17-1 du Statut de Rome, la compétence universelle constitue une dérogation par rapport à la compétence judiciaire traditionnelle exercée par les autorités nationales, elle est fondée sur la gravité des crimes supranationaux « *mais elle demeure et doit demeurer exceptionnelle* »¹⁴⁸. La compétence universelle est définie comme « *un moyen additionnel effectif* », permettant de pallier « *les carences des États les plus directement concernés par le crime supranational* », qui ont une « *responsabilité première et prioritaire* »¹⁴⁹. La compétence universelle empêche les États de se soustraire au Statut de Rome, en reniant sa compétence par le refus de signer et de ratifier le Statut, comme cela a été le cas les États-Unis, qui sont plus que réticents à octroyer à la CPI la compétence de juger les ressortissants américains. « *Par conséquent, si les États-Unis souhaitent éviter que leurs ressortissants ne soient poursuivis devant la CPI, la capacité des tribunaux nationaux à poursuivre pénalement les crimes pour lesquels la Cour jouit d'une compétence juridictionnelle, devient une question fondamentale* »¹⁵⁰.

7. L'écartèlement des États entre le respect du statut de Rome et le respect de l'immunité internationale

Les obligations à la charge des États en matière de droit international public constituent un ensemble dense composé qu'une multitude de traités signés et ratifiés par les États et des règles de droit international coutumier qui s'imposent aux États indépendamment de leur volonté. Dans ce contexte, le traité ne constitue pas une règle absolue, en effet, les parties peuvent parfois choisir de renier « *une obligation conventionnelle devenue embarrassante* », voire dans certaines situations, peuvent avoir l'impression de respecter la lettre ou l'objet et le but du traité alors que leur comportement y est contraire. La constante est que les parties

¹⁴⁷ ANTONIO CASSESE et MIREILLE DELMAS-MARTY, *Juridictions nationales et crimes internationaux*, Presses Universitaires de France 2002, p. 467.

¹⁴⁸ ISABELLE FOUCHARD, *op. cit.*, p. 79.

¹⁴⁹ *Ibid.*, p. 78.

¹⁵⁰ ANTONIO CASSESE et MIREILLE DELMAS-MARTY, *op. cit.*, p. 467.

défaillantes au respect de la lettre du traité vont toujours chercher à justifier leur écart en invoquant « *un fondement juridique à leur comportement contraire* »¹⁵¹.

Dans un tel contexte, les Etats parties au Statut de Rome peuvent être tiraillés entre le respect de celui-ci et le respect d'une autre obligation conventionnelle ou d'une obligation émanant du droit international coutumier, c'est notamment l'incompatibilité régulièrement soulevée par les Etats afin de justifier la non exécution d'un mandat d'arrêt délivré par le Procureur de la CPI à l'encontre d'un chef d'Etat en exercice. En effet, les Etats objectent que le mandat délivré à l'encontre d'un officiel serait contraire au principe d'immunité des chefs d'Etat et de gouvernement en exercice, qui est consacré par le droit international coutumier, voire subsidiairement par d'autres traités auxquels les Etats seraient parties. Ces Etats objectent que les règles de droit international coutumier sont reconnues « *comme obligatoires pour les États, indépendamment de toute obligation conventionnelle* »¹⁵². Ainsi, les Etats, voulant justifier le fait qu'ils n'exécutent pas un mandat d'arrêt délivré par le Procureur de la CPI, vont soutenir que les règles de droit international coutumier constituent une obligation à la charge des Etats ne pouvant faire obstacle à l'immunité des chefs d'Etat en exercice au profit du respect des obligations conventionnelles, soit en l'espèce du respect des obligations découlant du Statut de Rome.

8. Le cas épineux et controversé du Président Omar Al Bashir

8.1. La prise de position du Conseil de sécurité des Nations Unies

Les Nations Unies dans un communiqué de presse, du 31 mars 2005, ont annoncé que le Conseil de sécurité déférait au Procureur de la CPI la situation au Darfour depuis le 1^{er} juillet 2002¹⁵³ par l'adoption de la résolution 1593 (2005). La présente résolution a été adoptée par le vote favorable de 11 voix et l'abstention de quatre Etats, dont l'Algérie, le Brésil, la Chine et les Etats-Unis. Elle a été adoptée conformément à la disposition du Statut de Rome permettant à la CPI de juger les auteurs du crime de génocide, des crimes contre l'humanité,

¹⁵¹ CAROLINE LALY-CHEVALIER, *op. cit.*, p. 2, par. 2.

¹⁵² PIERRE A. PAPADATOS, *Le Procès Eichmann*, Librairie Droz 1964, p. 52.

¹⁵³ Communiqué de presse des Nations Unies du 31 mars 2005 : <https://www.un.org/press/fr/2005/CS8351.doc.htm> (consulté le 12 avril 2018).

des crimes de guerre et du crime d'agression (lorsqu'il sera défini et intégré au Statut). Le Conseil de sécurité, par l'adoption de la résolution 1593, a exercé pour la première fois son pouvoir de saisine, depuis l'institution de la CPI.

Le Rapport de la Commission internationale d'enquête sur le Darfour au Secrétaire général¹⁵⁴, qui a été établi en application de la résolution 15 (2004) du Conseil de sécurité¹⁵⁵, a conclu que le gouvernement soudanais n'avait pas mené une politique de génocide puisque l'intention génocide faisait défaut, tout du moins concernant les autorités du gouvernement central. « *D'une manière générale, la politique consistant à attaquer, tuer ou transférer de force les membres de certaines tribus ne procédait pas de l'intention de détruire, en tout ou partie, un groupe racial, ethnique, national ou religieux, comme tel* ». La Commission internationale conclut, néanmoins, aux violations massives des droits de l'homme commises par les forces gouvernementales et les milices qu'elles contrôlent par la planification et l'organisation d'attaques contre des villages dont l'intention était de chasser les habitants afin de contrer la rébellion. Le rapport retient qu'indépendamment de la volonté des autorités gouvernementales de ne pas commettre une politique de génocide au Darfour, l'Etat ne peut pas s'exonérer de la gravité des crimes commis dans la région. En effet, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre, ainsi que les autres atrocités commis à l'encontre du droit international, perpétrés au Darfour constituent des crimes tout aussi abominables que le crime de génocide. Par conséquent, la Commission d'enquête internationale conclut au renvoi à la CPI de la situation au Darfour.

La résolution 1593 somme le gouvernement soudanais et les autres parties au conflit de coopérer avec la CPI et le Procureur. Le Conseil de sécurité, « *tout en reconnaissant que le Statut de Rome n'impose aucune obligation aux États qui n'y sont pas parties* », sollicite la pleine coopération de tous les Etats et les organisations régionales et internationales concernées.

¹⁵⁴ Rapport de la Commission internationale d'enquête sur le Darfour au Secrétaire général (S/2005/60), 1^{er} février 2005 : http://www.iccnw.org/documents/Rapport_Commission_IONU_Darfour.pdf (consulté le 4 mai 2018).

¹⁵⁵ Conseil de sécurité des Nations Unies, Résolution 1564 (2004), 18 septembre 2004.

8.2. La prise de position de la CPI

Le Procureur de la CPI a délivré un mandat d'arrêt à l'encontre du Président Omar Al Bashir pour crimes de guerre, crimes contre l'humanité et génocide commis au Darfour depuis le 1^{er} juillet 2002. La Chambre préliminaire I a émis deux mandats d'arrêt à son encontre le 4 mars 2009 pour crimes de guerre et crimes contre l'humanité¹⁵⁶ et le 12 juillet 2010 pour crime de génocide¹⁵⁷. Ces deux mandats d'arrêt sont la conséquence des meurtres et des exterminations commis par les forces gouvernementales à l'encontre de civiles principalement issus des groupes four, massalit et zaghawa.

La Chambre préliminaire a rappelé que l'un des buts principaux du Statut de Rome était de mettre fin à l'impunité des auteurs des crimes supranationaux qui impactent l'ensemble de la communauté internationale ; afin de parvenir à ce but, il convient d'exclure les immunités ou les règles de procédure spéciales relatives à la qualité officielle de la personne, en vertu du droit interne ou du droit international, pouvant empêcher la CPI d'exercer sa compétence à l'égard de l'auteur de ces crimes¹⁵⁸. Elle reconnaît l'implication d'Omar Al Bashir et lui octroie un rôle essentiel, au travers des moyens politiques et militaires mis en œuvre, dans la répression de l'insurrection menée par les autorités soudanaises. La Chambre considère que les fonctions officielles de chef d'Etat qu'occupe le Président Omar Al Bashir ne font en rien obstacle à la compétence de la CPI, nonobstant la qualité d'Etat tiers au Statut de Rome du Soudan¹⁵⁹.

La CPI, en se prononçant sur sa propre compétence concernant la situation au Darfour, a dégagé le principe audacieux selon lequel la résolution 1593, adoptée par le Conseil de sécurité des Nations Unies, s'imposait au Soudan en tant que membre des Nations Unies. Par conséquent, le Soudan, en tant qu'Etat membre de l'ONU, doit se conformer au Statut de Rome, par application de l'article 25 de la Charte des Nations Unies. L'interprétation

¹⁵⁶ CPI, *Situation au Darfour (Soudan), Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, Chambre préliminaire I, Décision relative à la requête de l'Accusation aux fins de délivrance d'un mandat d'arrêt à l'encontre d'Omar Hassan Ahmad Al Bashir, Affaire n° ICC-02/05-01/09, 4 mars 2009.

¹⁵⁷ CPI, *Situation au Darfour (Soudan), Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, Chambre préliminaire I, Deuxième Décision relative à la requête de l'Accusation aux fins de délivrance d'un mandat d'arrêt, Affaire n° ICC-02/05-01/09, 12 juillet 2010.

¹⁵⁸ CPI, *Situation au Darfour (Soudan), Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, *op. cit.*, Affaire n° ICC-02/05-01/09, 4 mars 2009, § 42 et 43 et réf. citées.

¹⁵⁹ *Ibid.*, § 41.

extensive de la CPI conduit à retenir que l'article 27-2 du Statut s'appliquerait à tous les officiels de « *toutes les autres parties au conflit au Darfour* »¹⁶⁰. La CPI a rappelé le principe de sa compétence, déjà dégagé dans l'affaire Al Bashir, à l'occasion de l'affaire concernant la situation en Jamahiriya Arabe Libyenne, même pour les Etats non parties au Statut de Rome et pour les crimes commis sur le territoire desdits Etats, lorsque la situation a été déférée au Procureur par une résolution du Conseil de sécurité des Nations Unies¹⁶¹.

8.3. La prise de position des autorités nationales (Afrique du Sud)

La Cour suprême d'Afrique du Sud, à la suite de la visite du Président Omar Hassan Al Bashir au sommet de l'UA en juin 2015, a pris une position tranchée en rappelant au gouvernement sud-africain ses obligations de coopérer avec la CPI, obligations auxquelles il a contrevenu en laissant le Président soudanais quitter son territoire sans qu'il ne soit arrêté, nonobstant les mandats d'arrêt émis par le Procureur de la CPI. Précédemment, la Haute Cour sud-africaine avait rendu un ordre d'arrestation dans son arrêt de juin 2015, celui-ci a été validé par la Cour suprême qui a confirmé que cet ordre avait un effet continu pour les autorités nationales. L'arrêt de la Cour suprême impose aux autorités sud-africaines le respect de l'exécution des mandats d'arrêt délivrés à l'encontre du Président Al Bashir en tant qu'Etat membre du Statut de Rome depuis le 27 novembre 2000. La jurisprudence sud-africaine conduit à retenir qu'il pourrait être arrêté durant son prochain déplacement en Afrique du Sud ; la conséquence directe de cette décision est que le Président soudanais a renoncé à se rendre au Forum Chine-Afrique organisé à Johannesburg en décembre 2015¹⁶².

Les autorités sud-africaines, à l'appui de l'inertie dont ils ont fait preuve en faveur du Président soudanais à son arrivée dans le pays, ont invoqué l'accord signé avec l'UA, plus particulièrement son article VIII.1 relatif aux questions d'immunité dans le cadre temporaire du sommet mais aussi l'immunité *ratione personae* des Chefs d'Etat reconnue par la coutume internationale, qui a été transposée dans la loi 37 de 2011 relative aux privilèges et immunités

¹⁶⁰ Xavier Aurey, *op. cit.*, art. 27, p. 855 et réf. citées.

¹⁶¹ CPI, *Situation en Jamahiriya Arabe Libyenne*, Chambre préliminaire I, Décision relative à l'enquête déposée par le Procureur en vertu de l'article 58 du Statut concernant Muammar Mohammed Abu Minyar Qadhafi, Saif Al-Islam Qadhafi et Abdullah Al-Senussi, Affaire n° ICC-01/11, 27 juin 2011.

¹⁶² JOËL HUBRECHT, *Mandats d'arrêt de la CPI et immunité des chef d'Etat : une décision remarquable de la Cour suprême sud-africaine*, in *Institut des Hautes Etude sur la Justice*, 24 mars 2016, p. 1 et 2.

diplomatiques (DIPA)¹⁶³. En outre, les autorités sud-africaines ont soutenu que la CPI ne bénéficiait pas de la compétence de déterminer unilatéralement que la résolution adoptée par le Conseil de sécurité des Nations Unies l'emportait sur les immunités¹⁶⁴. Le dernier argument invoqué par le gouvernement sud-africain est celui de considérer que les mandats d'arrêt émis à l'encontre Omar Al Bashir ne pouvaient s'appliquer à l'égard du Soudan car celui-ci n'est pas un Etat partie au Statut de Rome¹⁶⁵. En réponse aux arguments soulevés par les autorités sud-africaines, la Cour suprême précise que l'immunité prévue dans « *l'accord avec l'UA pour le XXVème sommet ne concerne que les représentants et personnels de l'UA et non tous les participants* », notamment les chefs d'Etat et de gouvernement venus pour l'occasion. Elle concède que l'immunité des chefs d'Etat en exercice, issue de la coutume internationale, s'impose devant les juridictions nationales mais n'empêche pas la compétence d'une juridiction internationale, en l'espèce, celle de la CPI. Néanmoins, la Cour suprême reconnaît que la question n'a pas été définitivement réglée sur le plan de la coutume internationale. L'autorité de la résolution 1593 du Conseil de sécurité s'impose au Soudan, indépendamment de toute ratification préalable du Statut de Rome et a des effets de droit contraignants à l'égard de tous les Etats, parties ou non au Statut. Bien que la juridiction sud-africaine ait tranché dans un sens favorable à l'exécution des mandats d'arrêt délivrés par le Procureur de la CPI, elle reconnaît qu'il demeure un sujet de discorde et de confusion quant à l'application « *entre l'article 27 du Statut de Rome (par lequel les Etats parties renoncent à opposer à la CPI toute immunité nationale ou internationale pour leurs ressortissants) et l'article 98 du même Statut (qui stipule qu'un Etat n'a pas à remettre un suspect à la Cour si cela le conduit à agir de façon incompatible avec les obligations lui incombant en droit international en matière d'immunité étatique ou diplomatique)* »¹⁶⁶.

La Chambre préliminaire II de la CPI, dans sa décision du 6 juillet 2017¹⁶⁷, a constaté le manquement de l'Afrique du Sud quant à ses obligations découlant du Statut de Rome relatif à son inertie à l'arrestation et à la remise du Président soudanais à la CPI alors qu'il se trouvait sur le territoire sud-africain entre le 13 et le 15 juin 2015. Toutefois, la CPI renonce à

¹⁶³ CPI, *Situation au Darfour (Soudan), Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, Chambre préliminaire II, Décision rendue en application de l'article 87-7 du Statut de Rome concernant la non-exécution par l'Afrique du Sud de la demande que lui avait adressée la Cour aux fins de l'arrestation et la remise d'Omar Al Bashir, Affaire n° ICC-02/05-01/09, 6 juillet 2017, § 33.

¹⁶⁴ *Ibid.*, § 35.

¹⁶⁵ JOËL HUBRECHT, *op. cit.*, p. 2.

¹⁶⁶ *Ibid.*, p. 2 et 3 et réf. citées.

¹⁶⁷ CPI, *Situation au Darfour (Soudan), op. cit.*, 6 juillet 2017.

déférer ce manquement à l'Assemblée des Etats parties ou au Conseil de sécurité des Nations Unies, compte tenu des arrêts rendus par les juridictions nationales ayant mis en lumière les manquements aux obligations des autorités sud-africaines, en vertu de la loi nationale de mise en œuvre et de la Constitution.

8.4. « L'écartèlement induit par les engagements de la double-présence à deux institutions internationales »

La Cour suprême d'Afrique du Sud a relevé au travers de l'exactitude de son raisonnement la difficulté résultant de « *l'écartèlement induit par les engagements de la double-présence à deux institutions internationales* », en l'espèce, la difficulté découlait de l'appartenance de l'Afrique du Sud à la CPI et à l'UA, qui renaient toutes deux des positions radicalement contraires¹⁶⁸ au sujet de l'immunité attachée à la qualité du chef d'Etat en exercice, indépendamment de l'émission d'un mandat d'arrêt à leur rencontre.

L'UA a voté une résolution en juillet 2011 en vue d'inciter ses Etats membres à refuser de coopérer à l'arrestation et à la remise du Président soudanais, Omar Hassan Al Bashir, à la CPI. Cette recommandation a été suivie par certains Etats africains, comme le Tchad et le Malawi, qui, comme le préconisait l'UA, ont refusé de coopérer avec la CPI. Il convient de rappeler que tous deux sont membres du Statut de Rome, ils ont, en effet, déposé leur instrument de ratification, respectivement, le 1^{er} novembre 2006 pour le Tchad et le 19 septembre 2002 pour le Malawi. Malgré leur adhésion au Statut, ils ont laissé le président soudanais se rendre sur leur territoire sans procéder à son arrestation, nonobstant, les demandes de coopération transmises par la CPI à tous les Etats parties au Statut.

La CPI a relevé les manquements aux obligations de ces deux Etats, en effet, le Greffier a rappelé au Tchad et au Malawi qu'ils étaient tenus d'arrêter et de remettre le Président Al Bashir à la Cour, conformément à l'obligation attachée à leur qualité d'Etats parties, puisqu'un mandat d'arrêt avait été délivré à son rencontre par la CPI¹⁶⁹. La CPI considère

¹⁶⁸ JOËL HUBRECHT, *op. cit.*, p. 2.

¹⁶⁹ CPI, *Situation au Darfour (Soudan)*, *op. cit.*, 13 décembre 2011, § 3 ; CPI, *Situation au Darfour (Soudan), Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, Chambre préliminaire I, Rectification à la Décision rendue en application de l'article 87-7 du Statut de Rome relativement au manquement par la République du Malawi à l'obligation d'accéder aux demandes de coopération que lui a adressées la Cour aux fins de

qu'elle dispose d'un pouvoir exclusif lui permettant de décider si les immunités s'appliquent dans une affaire donnée, conformément au pouvoir que lui confère l'article 119-1 du Statut. La CPI se réfère au Règlement de procédure et de preuve, qui constitue l'instrument d'application du Statut de la CPI, en particulier la règle 195-1 qui prévoit qu'« *un Etat requis, qui fait savoir à la Cour qu'une demande de remise ou d'assistance soulève un problème d'exécution au regard de l'article 98, lui fournit tous les renseignements utiles pour l'aider dans l'application de l'article 98. Tout Etat tiers ou Etat d'envoi concerné peut fournir des renseignements supplémentaires pour aider la Cour* »¹⁷⁰. Par conséquent, les conflits émanant d'une incompatibilité entre l'article 27 et l'article 98 du Statut doivent être déférés à la Cour qui est compétente pour se prononcer sur la question. La CPI constate, conformément à l'article 87-7 du Statut, le défaut de coopération du Tchad et du Malawi, en tant qu'Etats membres, ce qui a empêché la Cour d'exercer ses fonctions et son pouvoir. Elle décide d'en référer à l'Assemblée des Etats parties et au Conseil de sécurité des Nations Unies, selon la norme 109-4 du Règlement de la CPI¹⁷¹. Néanmoins, la CPI reconnaît le conflit pouvant exister entre les articles 27-2 et 98-1 du Statut mais « *refuse en l'espèce au Malawi et au Tchad le droit d'invoquer l'article 98-1 pour justifier leur refus d'accéder aux demandes de coopération de la Cour* »¹⁷².

8.5. Un problème plus diplomatique que juridique ?

Les Etats doivent trouver un compromis acceptable entre la diplomatie et la justice, qui s'opposent tant par le but qu'elles poursuivent que par les contraintes auxquelles elles sont confrontées ; la diplomatie est par essence favorable à l'immunité des officiels car elle permet de mettre en place un rempart à l'ingérence dans les affaires d'un autre Etat, ce qui conduit à pacifier les relations diplomatiques entre Etats. En revanche, du point de vue de la justice, l'immunité conduit à accepter l'impunité des auteurs de crimes internationaux, qui se caractérisent pas leur gravité. L'émergence d'une coutume internationale rejetant l'immunité pénale pour les crimes d'une extrême gravité soulève tout de même le problème de sa conciliation avec la responsabilité internationale des chefs d'Etat ou de gouvernement en

l'arrestation et de la remise d'Omar Hassan Ahmad Al Bashir, Affaire n° ICC-02/05-01/09, 13 décembre 2011, § 6.

¹⁷⁰ Règle 195-1 du Règlement de procédure et de preuve.

¹⁷¹ Règlement de la Cour, adopté par les juges de la Cour le 26 mai 2004, Documents officiels de la Cour pénale internationale, ICC-BD/01-01-04.

¹⁷² JASON RALPH, *op. cit.*, art. 98, p. 1916.

exercice. Une partie de la doctrine relève que « *si l'immunité comporte le risque de consacrer juridiquement l'impunité, il n'en resterait pas moins que refuser l'immunité comporte celui d'ingérence insupportable si la personne poursuivie est un chef d'État en exercice* »¹⁷³.

L'internationalisation de la justice pénale soulève la question de l'équilibre entre les pouvoirs, selon certains auteurs, une solution pour sortir de l'impasse pourrait être de renforcer les garanties de procédure au travers de deux voies : « *l'une consistant à préciser, quant au fond, le régime de l'immunité en accentuant pour les crimes internationaux la spécificité du procès pénal par rapport au procès civil ; l'autre consistant à promouvoir en procédure pénale des garanties spécifiques pour encadrer la mise en œuvre de l'immunité* ». Le renforcement des garanties du procès pénal permettrait de donner une certaine cohérence à la justice internationale, il conviendrait de retenir que l'immunité pour les anciens chefs d'Etat serait exclue du fait que le procès pénal ne permet de retenir que la responsabilité individuelle, qui se distingue de la responsabilité de l'Etat. A contrario, l'immunité des chefs d'Etat en exercice devrait être retenue étant donné que le procès pénal interférerait « *avec le bon fonctionnement de l'Etat qu'il dirige* ». Ce postulat, bien que pertinent, se fonde sur une vision traditionaliste de la personne du souverain, supposé incarner la souveraineté de l'Etat. Cependant, la vision internationale consiste d'avantage à remettre en cause la souveraineté, ce qui conduit à relativiser le statut octroyé à la personne du souverain. Ainsi, le procès pénal met en cause uniquement la responsabilité individuelle de la personne du chef d'Etat et non celle de l'Etat, ce qui permet de rejeter le principe selon lequel l'immunité est attachée à la personne du chef d'Etat en exercice. Il convient de retenir, comme l'a souligné Antonio Cassese, que l'immunité doit être exclue dans toutes les hypothèses¹⁷⁴ dans lesquelles le représentant de l'Etat est soupçonné d'être l'auteur de crimes internationaux.

L'exclusion des immunités, même pour les chefs d'Etat en exercice, est l'expression de l'évolution du droit international ainsi que de la conception contemporaine de la souveraineté. Nonobstant ce constat, il convient de renforcer les garanties de procédure afin de respecter l'équilibre des pouvoirs. La responsabilité pénale internationale est subordonnée à des enjeux politiques importants en cas de visite officielle, ce qui, selon la doctrine, nécessite

¹⁷³ MIREILLE DELMAS-MARTY, *Chapitre 4. La responsabilité pénale en échec (prescription, amnistie, immunités)*, in ANTONIO CASSESE et al., *Juridictions nationales et crimes internationaux*, Presses Universitaires de France « Hors collection » 2002, p. 649 et réf. citées.

¹⁷⁴ *Ibid.*, p. 650 et réf. citées.

l'introduction d'un mécanisme spécifique permettant « *de prévoir des garanties contre les abus d'une logique judiciaire* », qui peut prendre la forme d'une « *autorisation préalable du gouvernement ou du Parlement pour l'arrestation, la détention, le renvoi devant une juridiction d'un représentant d'un Etat* ». Cependant, en cas de refus, l'action publique est suspendue et pourra être mise en œuvre à la fin du mandat. En résumé, l'hypothèse envisagée, avant de pouvoir arrêter et mettre en détention un dirigeant ou un représentant étatique au bénéfice d'une immunité, est d'obtenir une autorisation préalable du gouvernement ou du Parlement. La volonté des Etats est de mettre en place « *un contrôle en opportunité, nécessaire aux relations entre Etats, mais qui ne relève pas de la fonction de juger et ne peut incomber au pouvoir judiciaire* »¹⁷⁵. La législation suisse relative à la responsabilité de la Confédération, des membres de ses autorités et de ses fonctionnaires (LRCE)¹⁷⁶ prévoit une autorisation du DFJP pour ouvrir une procédure pénale à l'encontre de fonctionnaires suspectés d'avoir commis des infractions en rapport avec leur activité ou leur situation officielles¹⁷⁷.

Les règles relatives aux immunités sur le plan international n'ont pas encore connues une harmonisation des pratiques au travers d'un consensus général des Etats. Ainsi, le risque de cette situation est d'accroître les inégalités entre « *les Etats qui imposeraient le refus d'immunité aux autres tout en le refusant pour eux et ceux qui subiraient la règle sans avoir les moyens, politiques et judiciaires, d'en imposer le respect à d'autre* »¹⁷⁸.

9. Conclusion

Il est incontestable que la justice pénale internationale a connu un essor considérable depuis la seconde moitié du XX^e siècle, elle est la concrétisation d'une volonté des Etats de lutter durablement contre l'impunité. À l'appui de cette tendance, l'émergence d'un droit international coutumier a consacré « *la prévalence de l'obligation de poursuivre les crimes les plus graves sur toute immunité fonctionnelle* » ou matérielle. Il est largement admis que les crimes internationaux sont commis par les gouvernants ou tout du moins « *sous leur ordre ou*

¹⁷⁵ *Ibid.*, p. 651 et réf. citées.

¹⁷⁶ RS 170.32.

¹⁷⁷ Art. 15, al. 1 LRCE.

¹⁷⁸ MIREILLE DELMAS-MARTY, *op. cit.*, p. 652.

leur connivence »¹⁷⁹. Toutefois, une levée des immunités pour les représentants officiels de l'Etat, au motif de l'imputation d'une responsabilité individuelle pour les crimes internationaux, constitue un sujet de discorde tant doctrinale que jurisprudentielle, n'ayant toujours pas abouti à un consensus. Or, l'adhésion des Etats au Statut de Rome est le signe d'une volonté commune de rejeter explicitement la qualité officielle attachée aux auteurs de crimes supranationaux, faisant obstacle aux poursuites pénales. Le respect des obligations conventionnelles mais surtout l'aspiration d'une justice pénale efficace empêchent la reconnaissance des immunités de tout chef d'Etat, de gouvernement ou de représentant d'Etat devant la CPI. En effet, les immunités de ces officiels font barrage à la responsabilité pénale internationale. Le débat paraît trouver un début de consensus, cependant, le problème invoqué demeure celui des Etats tiers au Statut de Rome, dont le chef d'Etat est sous le coup d'un mandat d'arrêt délivré par le Procureur de la CPI, suite de l'adoption d'une résolution par le Conseil de sécurité des Nations Unies. Cela tient au fait que les Etats tiers au Statut refusent de reconnaître la compétence de la CPI, en invoquant d'une part le droit international coutumier, conférant une immunité au chef d'Etat en exercice, et d'autre part, le principe de la relativité des conventions qui supposent qu'elles n'ont d'effets contraignants que pour les Etats parties. La véritable problématique tient au fait de savoir si les Etats parties au Statut doivent arrêter le représentant officiel d'un Etat tiers, qui se trouve sur leur territoire, lorsque la CPI demande la coopération de tous les Etats. La Cour considère, à juste titre, que dans une pareille situation, le consentement de l'Etat n'est pas requis à la levée de l'immunité puisque le consentement à l'exercice de la compétence de la CPI découle de sa ratification et, par conséquent, a déjà été donné, « *autrement dit, l'acceptation de l'article 27-2 emporte levée de l'immunité* »¹⁸⁰.

La CPI, dans l'analyse de sa propre compétence, a considéré qu'une résolution adoptée par le Conseil de sécurité des Nations Unies plaçait tous les Etats membres des Nations Unies dans une situation comparable à celle des Etats membres au Statut de Rome¹⁸¹, ce postulat témoigne de la volonté de la CPI d'étendre sa compétence de manière quasiment universelle. La position adoptée par la Cour, dans l'affaire relative au Président Omar Al Bashir, peut paraître discutable, toutefois, la possibilité offerte au Conseil de sécurité des Nations Unies de déférer une situation à la CPI a été instituée afin de mettre en place un système de lutte

¹⁷⁹ DAMIEN CHERVAZ, *op. cit.*, p. 42, n^{os} 27 et 28.

¹⁸⁰ CPI, *Situation au Darfour (Soudan)*, *op. cit.*, 6 juillet 2017, § 47 et réf. citées.

¹⁸¹ *Ibid.*, § 48 et réf. citées.

efficace contre l'impunité des représentants officiels des Etats, membres ou non du Statut. Le refus d'étendre la compétence de la CPI aux Etats non parties au Statut aurait pour conséquence de supprimer l'essence et la raison d'être de la CPI. La vision d'une Cour pénale internationale, dont la compétence s'imposerait, à juste titre, en vertu de la gravité des crimes et non d'une acceptation préalable de celle-ci, apparaît raisonnable afin de mettre en place un système de poursuite pénale cohérent. Cependant, de nombreux Etats renient la compétence extensive de la CPI, comme en témoigne l'attitude du Tchad et du Malawi dans l'affaire relative au Darfour, malgré leur adhésion au Statut de Rome. Le manque de consensus en matière de répression des crimes internationaux conduit à se poser la question de savoir si la création d'une justice internationale efficace ne tient pas plus de l'utopie idéaliste du juriste que de la réalité juridique. La réponse tient certainement dans l'équilibre entre la nécessité « *d'assurer la stabilité des relations internationales et celle d'éviter l'impunité de crimes graves de droit international* »¹⁸².

Cependant, malgré le conflit lié à l'interprétation des immunités et de la compétence de la CPI, elle ne représente pas moins un message fort contre l'impunité à l'attention des officiels des Etats membres en premier lieu mais aussi des Etats tiers avec la possibilité, comme nous l'avons évoqué, pour le Conseil de sécurité des Nations Unies d'étendre sa compétence à tous les Etats. L'apport de la justice pénale internationale est fondamentale et constitue la concrétisation d'une volonté commune de mettre un terme à l'impunité attachée à la commission des crimes touchant l'ensemble de la communauté internationale par leur gravité.

Malgré les apports incontestables de la CPI, il demeure, comme déjà évoqué, un problème relevant davantage de la politique que du droit. Madame Clara Del Ponte a souligné, à raison, que la justice internationale dépendait trop de la volonté politique des Etats et qu'il était nécessaire de s'en affranchir afin d'assurer le bon fonctionnement de la justice. Il convient de citer l'exemple criant de la situation actuelle en Syrie. Il apparaît en effet incompréhensible, au regard des principes évoqués fondant l'essence de la justice pénale internationale et les atrocités commises sur des civils par les autorités syriennes, que le Conseil de sécurité des Nations Unies n'ait pas pris une position tranchée afin de déférer cette situation au Procureur de la CPI, puisqu'il n'a pas la compétence de se saisir seul, étant donné que la Syrie n'est pas partie au Statut de Rome. Or, les membres permanents du Conseil de sécurité des Nations

¹⁸² TPF 2012.97, consid. 5.3.6 et réf. citées.

Unies bénéficient d'un droit de veto, empêchant l'adoption de toute résolution par l'Organisation. En l'espèce, la Russie, en tant que membre permanent, est farouchement opposée à une prise de position à l'encontre du Président Bashar Al Assad, ce qui conduit pour l'instant au blocus de toutes mesures juridiques contraignantes ou de poursuites pénales à son encontre.

En outre, nous pouvons constater que les procédures ouvertes devant la CPI concernent de nombreux hauts responsables ou chefs d'Etat africains, qui bénéficient, en général, d'un pouvoir diplomatique moindre que les grandes puissances occidentales. Il convient de se questionner sur le sort des violations des droits humains ou du droit international humanitaire commises par certains Etats occidentaux, lors d'interventions militaires à l'étranger. Or, les Etats-Unis, par exemple, ne pourront pas être poursuivis en tant qu'Etat tiers au Statut de Rome, puisqu'en qualité de membre permanent des Nations Unies, ils ne consentiront jamais à renoncer à leur droit de veto et à engager leur responsabilité pénale internationale par l'adoption d'une résolution du Conseil de sécurité permettant la saisine du Procureur. Le constat de l'intouchabilité de certains Etats tient au mode de saisine de la CPI pour les Etats tiers au Statut de Rome mais plus largement à la difficulté de prendre publiquement position contre un Etat au bénéfice d'une grande puissance diplomatique et militaire. Il conviendrait d'amorcer un changement dans le mode de saisine de la CPI afin de lui octroyer une véritable compétence universelle sur l'ensemble des Etats indépendamment de leur adhésion au Statut de Rome ou de la volonté du Conseil de sécurité des Nations Unies.

Les défis à relever afin d'instituer une justice pénale internationale efficace sont encore nombreux avant de pouvoir se targuer d'avoir trouvé un consensus acceptable et accepté par l'ensemble des Etats formant la communauté internationale, octroyant une pleine compétence à la CPI, qui pourra enfin jouer le rôle qui lui a été attribué, à savoir la lutte contre l'impunité au travers de la généralisation des exceptions à l'immunité, afin de permettre l'instauration progressive d'une paix mondiale durable.

Bibliographie

Ouvrages

J.-F. AUBERT/P. MAHON, *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999*, Zurich 2003.

Xavier Aurey, *Commentaire du Statut de Rome de la CPI*, Paris 2012, Pedone, art. 27.

ANTONIO CASSESE et MIREILLE DELMAS-MARTY, *Juridictions nationales et crimes internationaux*, Presses Universitaires de France 2002.

DAMIEN CHERVAZ, *La lutte contre l'impunité en droit suisse : Compétence universelle et crimes internationaux*, 2^e éd., TRIAL 2015.

PHILIPPE CURRAT, *Les crimes contre l'humanité dans le Statut de la Cour pénale internationale*, Thèse n°764 de la Faculté de droit de Genève, 2006.

STEFAN DISCH, *L'homicide intentionnel (étude des art. 111, 112, 113, 114 et 116 du Code pénal suisse)*, Lausanne 1999.

M. Dupuis/B. Geller/G. Monnier/L. Moreillon/C. Piguet/C. Bettex/D. Stoll, *Petit Commentaire CP*, Bâle 2012, art. 264m CP.

Jean-Baptiste Jeangène Vilmer, *Réparer l'irréparable : les réparations aux victimes devant la CPI*, Presses Universitaires de France 2009.

CAROLINE LALY-CHEVALIER, *La violation du traité*, Bruxelles 2005, Bruylant.

PIERRE A. PAPADATOS, *Le Procès Eichmann*, Librairie Droz 1964.

JASON RALPH, *Commentaire du Statut de Rome de la CPI*, Paris 2012, Pedone, art. 98.

PAUL REUTER, Introduction au droit des traités, Paris 1995, PUF.

DENYS SIMON, L'interprétation judiciaire des traités d'organisations internationales, Paris 1981, Pedone.

ANDREAS R. ZIEGLER, Introduction au droit international public, Berne 2011.

ROBERT ZIMMERMANN, La coopération judiciaire internationale en matière pénale, 2014, 2014 Berne.

Jurisprudence fédérale

TPF 2012.97 (BB.2011.140).

TPF 2007.168.

TF 1A.94/2001.

ATF 115 Ib 496.

Jurisprudence internationale

Cour pénale internationale

CPI, *Situation au Darfour (Soudan), Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, Chambre préliminaire II, Décision rendue en application de l'article 87-7 du Statut de Rome concernant la non-exécution par l'Afrique du Sud de la demande que lui avait adressée la Cour aux fins de l'arrestation et la remise d'Omar Al Bashir, Affaire n° ICC-02/05-01/09, 6 juillet 2017.

CPI, *Situation en Jamahiriya Arabe Libyenne*, Chambre préliminaire I, Décision relative à l'enquête déposée par le Procureur en vertu de l'article 58 du Statut concernant Muammar

Mohammed Abu Minyar Qadhafi, Saif Al-Islam Qadhafi et Abdullah Al-Senussi, Affaire n° ICC-01/11, 27 juin 2011.

CPI, *Situation au Darfour, Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, ICC-02/05-01/09, Chambre préliminaire I, Décision rendue en application de l'article 87-7 du Statut de Rome concernant le refus de la République du Tchad d'accéder aux demandes de coopération délivrées par la Cour concernant l'arrestation et le remise d'Omar Hassan Ahmad Al Bashir, 13 décembre 2011.

CPI, *Situation au Darfour (Soudan), Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, Chambre préliminaire I, Rectification à la Décision rendue en application de l'article 87-7 du Statut de Rome relativement au manquement par la République du Malawi à l'obligation d'accéder aux demandes de coopération que lui a adressées la Cour aux fins de l'arrestation et de la remise d'Omar Hassan Ahmad Al Bashir, Affaire n° ICC-02/05-01/09, 13 décembre 2011.

CPI, *Situation au Darfour (Soudan), Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, Chambre préliminaire I, Décision relative à la requête de l'Accusation aux fins de délivrance d'un mandat d'arrêt à l'encontre d'Omar Hassan Ahmad Al Bashir, Affaire n° ICC-02/05-01/09, 4 mars 2009.

CPI, *Situation au Darfour (Soudan), Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, Chambre préliminaire I, Deuxième Décision relative à la requête de l'Accusation aux fins de délivrance d'un mandat d'arrêt, Affaire n° ICC-02/05-01/09, 12 juillet 2010.

Cour européenne des droits de l'homme

CourEDH, *Al-Adsani c. Royaume Uni*, n°35763/97, arrêt de la Grande Chambre du 21 novembre 2001.

Cour internationale de justice

Immunités juridictionnelles de l'Etat du 3 février 2012 (*Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenant)*), arrêt, C.I.J. Recueil 2012.

Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (*République démocratique du Congo c. Belgique*), arrêt, CIJ Recueil 2002.

Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie

TPIY, *Le Procureur c/ Slobodan Milošević*, Décision relative aux exceptions préjudicielles, Chambre de première instance, 8 novembre 2001.

TPIY, *Le Procureur c. Tihomir Blaskis*, IT-95-14-AR108bis, arrêt relatif à la requête de la République de Croatie aux fins d'examen de la décision de la 2^{ème} Chambre de Première Instance rendue le 18 juillet 1997 du 29 octobre 1997.

Articles

CECILE APTEL, Justice pénale internationale : entre raison d'Etat et Etat de droit, in *Revue internationale et stratégique*, 2007/3 (N°67).

ISABELLE FOUCHARD, *De l'utilité de la distinction entre les crimes supranationaux et transnationaux : traduire les processus d'incrimination complexes alliant droit international et droits pénaux internes*, in *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. volume 71.

M. HENZELIN, « *L'immunité pénale des ministres selon la Cour internationale de justice* », in *Revue pénale suisse*, Berne 2002.

JOËL HUBRECHT, *Mandats d'arrêt de la CPI et immunité des chef d'Etat : une décision remarquable de la Cour suprême sud-africaine*, in *Institut des Hautes Etude sur la Justice*, 24 mars 2016.

Institut de droit international, *Les immunités de juridiction et d'exécution du chef d'Etat et de gouvernement en droit international*, Treizième Commission, Session de Vancouver – 2001 du 26 août 2001.

Procès des grands criminels de guerre devant le Tribunal Militaire International, Nuremberg
14 novembre 1945 - 1^{er} octobre 1946, Nuremberg 1947.

Résolutions

Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, Résolution 1300, 25 septembre 2002.

Conseil de sécurité des Nations Unies, Résolution 1970, 26 février 2011.

Conseil de sécurité des Nations Unies, Résolution 1593, 31 mars 2005.

Conseil de sécurité des Nations Unies, Résolution 1564 (2004), 18 septembre 2004.

Conseil de sécurité des Nations Unies, Résolution 955, 8 novembre 1994.

Conseil de sécurité des Nations Unies, Résolution 827, 25 mai 1993.

Assemblée générale des Nations Unies, Résolution 3068 (XXVIII), 30 novembre 1973.

Assemblée générale des Nations Unies, Résolution 2391 (XXIII), 26 novembre 1968.

Assemblée générale des Nations Unies, Résolution 260 A (III), 9 décembre 1948.

Autre

Message relatif à la modification de lois fédérales en vue de la mise en œuvre du Statut de Rome de la Cour pénale internationale du 23 avril 2008.

Rapport de la Commission internationale d'enquête sur le Darfour au Secrétaire général (S/2005/60), 1^{er} février 2005

Règlement de la Cour, adopté par les juges de la Cour le 26 mai 2004, Documents officiels de la Cour pénale internationale, ICC-BD/01-01-04.

Assemblée des Etats parties, ICC-ASP/1/3, 9 septembre 2002.

CII, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif*, C.I.J. Recueil 1996.

Remerciements

Je remercie le Professeur Andreas R. Ziegler d'avoir accepté la direction de ce mémoire et de m'avoir orienté dans ce sujet passionnant, je remercie également son assistante, Madame Csilla Horber pour ses précieux conseils et le temps qu'elle m'a accordé durant les différentes étapes de mon travail.

Je remercie ma mère pour son soutien et sa bienveillance durant la rédaction de mon mémoire mais plus largement pour la patience dont elle a fait preuve à mon égard durant l'ensemble de mes études de droit, notamment au travers de ses encouragements dans les moments de doute.