

## OPINION DISSIDENTE DE M. AL-KHASAWNEH

[Traduction]

*Immunité d'un ministre des affaires étrangères fonctionnelle — Son étendue n'étant pas claire — Différente de celle des représentants diplomatiques — Egalement différente de celle des chefs d'Etat — Ministres jouissant de l'immunité d'exécution lorsqu'ils sont en mission officielle — Mais non en visite privée — Mandat belge ne violant pas l'immunité de M. Yerodiri — Indication expresse de son caractère non exécutoire durant une mission officielle — Diffusion du mandat non accompagné d'une notice rouge — Question plus fondamentale, à savoir s'il y a des exceptions dans le cas des crimes graves — Immunité et impunité — Distinction entre aspects procéduraux et de fond de l'immunité artificielle — Affaires invoquées par la Cour n'examinant pas les questions d'impunité adéquatement — Lutte effective contre les crimes internationaux graves revêtant le caractère de jus cogens — Devant primer les règles sur l'immunité — Evolution dans le domaine des immunités juridictionnelles pertinente — Deux prémisses erronées — Immunité absolue — Pas d'exception — Désaccord.*

1. On peut dire d'une manière générale sans trop craindre la contradiction que la conduite efficace de la diplomatie — dont il n'est guère besoin de démontrer l'importance pour le maintien de relations pacifiques entre les Etats — requiert que ceux qui s'y livrent reçoivent des immunités appropriées, notamment la juridiction pénale des tribunaux d'autres Etats. La nature et l'étendue de ces immunités ont été éclaircies dans le cas des représentants diplomatiques par la convention de Vienne de 1961, ainsi que par une abondante jurisprudence depuis l'adoption de cette convention. Par contre, et ceci n'est pas sans ironie, la nature et l'étendue des immunités dont jouissent les ministres des affaires étrangères sont loin d'être claires, à tel point que le rapporteur spécial de la CDI sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens a exprimé l'opinion selon laquelle les immunités des ministres des affaires étrangères leur sont accordées par l'effet de la courtoisie internationale et non par celui de règles établies du droit international. Certes, la convention sur les missions spéciales — dont le statut en tant qu'expression du droit coutumier n'est néanmoins pas sans susciter de controverses — couvre les immunités des ministres des affaires étrangères qui sont en mission officielle, mais réserve l'étendue de ces immunités dans une formule qui ne nous aide guère :

« Le chef de 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. » (Art. 21, par. 2.)

Et la situation n'est pas rendue plus claire par l'absence totale de jurisprudence en ce qui concerne l'immunité de la juridiction pénale des ministres des affaires étrangères. Ce qui est néanmoins sûr est que la position des ministres des affaires étrangères ne peut être assimilée à celle des représentants diplomatiques car, dans le cas de ces derniers, l'Etat d'accueil jouit d'un certain pouvoir discrétionnaire en ce qui concerne leur accréditation et peut aussi déclarer un représentant *persona non grata*, ce qui en soi constitue une sanction pour un comportement fautif ou, plus important, ouvre la voie — en assumant la bonne foi bien entendu — à des poursuites ultérieures dans son Etat d'origine. Un ministre des affaires étrangères accusé d'un comportement criminel — et, de fait, d'un comportement criminel qui porte atteinte aux intérêts de la communauté des Etats dans son ensemble de par la gravité des crimes qu'on l'accuse d'avoir commis, et l'importance des intérêts que la communauté cherche à protéger et qui, de plus, ne fait pas l'objet de poursuites dans son Etat d'origine — est loin d'être dans la même situation qu'un représentant diplomatique à qui l'on a accordé l'immunité de la juridiction pénale.

2. Si les immunités d'un ministre des affaires étrangères ne peuvent être assimilées à celles d'un représentant diplomatique, peut-on en établir le contenu en assimilant un ministre des affaires étrangères à un chef d'Etat? Si un ministre des affaires étrangères est à n'en pas douter un important personnage de l'Etat et représente celui-ci dans la conduite de ses relations extérieures, il ne personnifie en aucune manière l'Etat. Comme sir Arthur Watts le déclare à juste titre :

«les chefs de gouvernement et les ministres des affaires étrangères, bien qu'il s'agisse de deux personnages importants et de haut rang, ne symbolisent ni ne personnifient leurs Etats comme le font les chefs d'Etat. C'est pourquoi, en droit international ils n'ont aucun droit à un traitement spécial en vertu de qualités de souveraineté ou de majesté s'attachant à eux personnellement.» (A. Watts, «The Legal Position in International Law of Heads of States, Heads of Governments and Foreign Ministers», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1994, vol. 247, p. 102-103.)

3. De plus, il ne faut pas oublier que l'immunité est par définition une exception à la règle générale qui veut qu'un être humain soit juridiquement et moralement responsable de ses actes. En tant qu'exception, elle doit être étroitement définie.

4. Un ministre des affaires étrangères a droit à l'immunité d'exécution lorsqu'il est en mission officielle car autrement la diplomatie ne pourrait être conduite sans entrave, mais on ne peut guère considérer, quels que soient les critères objectifs que l'on applique, que l'ouverture d'une enquête pénale à son encontre constitue une entrave à la conduite de la diplomatie. Un ministre craintif ou d'une sensibilité exacerbée peut restreindre ses voyages privés ou se sentir mal à l'aise, mais il s'agit là d'un

élément subjectif qui doit être écarté. Le mandat émis à l'encontre de M. Yerodia va plus loin que la simple ouverture d'une enquête et peut raisonnablement être considéré comme une mesure d'exécution, mais il contenait des dispositions expresses selon lesquelles il ne devait pas être exécuté si M. Yerodia se trouvait sur le territoire belge en mission officielle. En fait, des articles de presse — qui n'ont été cités ni dans les mémoires ni dans les plaidoiries — donnent à penser qu'il s'est rendu en Belgique après l'émission du mandat et qu'aucune mesure n'a été prise pour exécuter celui-ci. Fait également important : la diffusion du mandat d'arrêt international n'était pas accompagnée d'une notice rouge demandant aux Etats tiers de prendre des mesures pour l'exécuter (ce qui ne s'est produit qu'après que M. Yerodia a quitté ses fonctions) et si ces Etats avaient agi ils l'auraient fait à leurs propres risques. La violation d'une obligation présuppose l'existence d'une obligation et, en l'absence de tout élément donnant à penser qu'un ministre des affaires étrangères a droit à l'immunité absolue, je ne vois pas pourquoi le Royaume de Belgique, eu égard aux termes du mandat et à l'absence de notice rouge d'Interpol, a manqué à ses obligations envers la République démocratique du Congo.

5. Une question plus fondamentale est de savoir si les hauts responsables de l'Etat ont droit à l'immunité même lorsqu'ils sont accusés d'avoir commis des crimes exceptionnellement graves reconnus comme tels par la communauté internationale. En d'autres termes, l'immunité devrait-elle devenir une impunité *de facto* en cas de comportement criminel dès lors que ce comportement correspond à la politique de l'Etat ? L'arrêt s'efforce de contourner cette question moralement embarrassante en invoquant une distinction, existante mais artificielle, entre l'immunité en tant que moyen de défense au fond, d'une part, et l'immunité en tant que moyen de défense procédural, de l'autre. Le caractère artificiel de cette distinction ressort du commentaire de la CDI à l'article 7 du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, qui stipule : « L'absence de toute immunité procédurale permettant de se soustraire aux poursuites ou au châtement dans le cadre d'une procédure judiciaire appropriée » — et il ne faut pas oublier que ce texte devait être appliqué par les tribunaux nationaux et internationaux — « constitue un corollaire essentiel de l'absence de toute immunité substantielle ou de tout fait justificatif. Il serait paradoxal que l'intéressé ne puisse pas invoquer sa qualité officielle pour s'exonérer de sa responsabilité pénale mais puisse l'invoquer pour se soustraire aux conséquences de cette responsabilité. »

6. Ayant fait cette distinction, l'arrêt poursuit en citant quatre cas dans lesquels, s'agissant de prouver qu'immunité et impunité ne sont pas synonymes, un ministre, et par analogie une personnalité officielle, serait tenu personnellement responsable :

- a) aux fins de poursuites dans son Etat d'origine;
- b) aux fins de poursuites dans d'autres Etats si son immunité a été levée;

- c) après qu'il a quitté ses fonctions, excepté pour des actes officiels commis alors qu'il était en fonction;
- d) aux fins de poursuites devant une juridiction internationale.

Ce paragraphe (arrêt, par. 61) est plus remarquable par les choses qu'il ne dit pas que par celles qu'il dit : pour ce qui est des poursuites dans le pays d'origine et de la levée de l'immunité, il est clair que le problème se pose lorsqu'elles n'interviennent pas. S'agissant d'anciens hauts dignitaires, la question de l'impunité demeure pour ce qui est des actes officiels, et le fait que la plupart des crimes graves sont par définition des actes de l'Etat fait qu'il s'agit d'une lacune plus que théorique. Enfin, en ce qui concerne les juridictions internationales existantes, leur compétence *ratione materiae* est limitée aux deux cas de l'ex-Yougoslavie et du Rwanda et la compétence de la future cour internationale est limitée *ratione temporis* par la non-rétroactivité et par le fait que c'est aux Etats qu'il incombe au premier chef d'engager les poursuites. L'arrêt ne peut se débarrasser du problème de l'impunité en renvoyant à une future cour pénale internationale ou à celles qui existent.

7. On peut arguer que la lutte effective contre les crimes graves revêt désormais le caractère de *jus cogens*, ce qui reflète la reconnaissance par la communauté internationale des intérêts et valeurs communautaires vitaux qu'elle cherche à protéger et renforcer. En conséquence, lorsque cette norme hiérarchiquement plus élevée entre en conflit avec les règles régissant l'immunité, elle devrait prévaloir. Même si l'on parle de concilier les deux séries de règles, il me semble que l'interprétation des immunités des responsables de haut rang devrait être beaucoup plus restrictive que celle que retient l'arrêt. Incidemment, cette approche restrictive serait beaucoup plus conforme à la tendance maintenant fermement établie en faveur d'une notion restrictive de l'immunité de l'Etat, une tendance qui a éliminé l'obstacle concernant la soumission des Etats à la juridiction d'autres Etats souvent exprimé par la maxime *per in parem non habet imperium*. On voit mal pourquoi les Etats accepteraient que leur comportement concernant des domaines importants de leur développement, mais non le comportement criminel de leurs agents, puisse faire l'objet de procédures judiciaires à l'étranger.

8. En conclusion, le présent arrêt repose sur deux prémisses erronées :

- a) qu'un ministre des affaires étrangères jouit d'une immunité absolue tant de la juridiction que de l'exécution des Etats étrangers, par opposition à l'immunité d'exécution uniquement fonctionnelle quand il est en visite officielle, une proposition qui n'est étayée ni par la jurisprudence, ni par l'*opinio juris*, ni par la logique juridique, ni par la doctrine;
- b) que, dans l'état actuel du droit international, il n'y a pas d'exceptions à l'immunité des hauts dignitaires de l'Etat même lorsqu'ils sont accusés de crimes graves. Si, certes, le désir des Etats et des tribunaux internes d'admettre des exceptions en est encore à un stade de développement très nébuleux, la situation est beaucoup plus fluide que

l'arrêt ne le donne à penser. J'estime que la tendance en faveur d'une responsabilité personnelle plus étendue représente une norme plus élevée que les règles sur l'immunité et devrait prévaloir sur elles. En conséquence, je ne suis pas en mesure de faire mienne l'opinion majoritaire.

*(Signé)* Awn AL-KHASAWNEH.

---