

L'affaire Relative Au Mandat D'arrêt Du 11 Avril 2000 À L'encontre De Yerodia Ndombasi, Ministre Des Affaires Étrangères De La Rdc Devant La Cour Internationale De Justice : Existe-T-Il Une Immunité Pour Les Crimes Internationaux En Droit International ?

Joris NSALA BOTSHIMO¹

¹Diplômé d'Etude spécialisée en Droit International, Docteur en sciences Politiques et Sociales de l'ULB, professeur à l'université catholique Saint timothée de Miténi

Auteur Correspondant : Joris NSALA BOTSHIMO



Résumé : Cet article examine la controverse juridique soulevée par l'affaire Yerodia Ndombasi devant la Cour internationale de Justice (CIJ). Le 11 avril 2000, un juge d'instruction bruxellois a décerné un mandat d'arrêt international contre le ministre des Affaires étrangères de la République Démocratique du Congo (RDC) pour des crimes internationaux. La RDC a contesté ce mandat en invoquant l'immunité diplomatique de son ministre. La CIJ a finalement reconnu une immunité absolue aux ministres des Affaires étrangères en exercice. Cette étude analyse la tension entre l'obligation de poursuivre les crimes internationaux et le respect des immunités étatiques. L'article démontre que les immunités accordées à Monsieur Yerodia ne trouvent pas leur justification en droit international, eu égard au caractère non absolu des immunités des ministres des Affaires étrangères et à la nature des crimes reprochés. En outre, il est démontré que l'immunité conduit à l'impunité, d'où la nécessité de poursuivre les auteurs de tels crimes au nom du jus cogens.

Mots-clés : immunité diplomatique ; crimes internationaux ; Cour internationale de Justice ; droit international humanitaire ; impunité ; jus cogens ; compétence universelle ; responsabilité pénale individuelle.

1. Introduction

De tout temps, en droit national comme en droit international, la raison d'État ou la souveraineté a l'inlassable caractéristique d'échapper au droit. Il est vrai que l'État, auteur du droit, lorsqu'il est poussé dans ses derniers retranchements, est tenté de se soustraire au droit. De plus, les États étrangers bénéficient de l'immunité tant de jugement que d'exécution. Ainsi, la pratique internationale depuis la naissance des États-Nations va dans cette direction. Cela étant, les évolutions actuelles font état de la nécessité ressentie par les acteurs de la scène internationale par rapport au respect des droits les plus fondamentaux de l'homme, au centre desquels se retrouve le droit international humanitaire. De plus en plus, les voix s'élèvent pour dénoncer les excès du pouvoir des États et de leurs organes. De cette façon, l'immunité qui bénéficie à certaines personnalités occupant des hautes fonctions étatiques, la protection étatique de certaines personnalités exerçant des fonctions secrètes ne suffisent plus à les mettre à l'abri de l'ordre pénal international.

C'est justement dans ce cadre qu'il faut situer l'affaire Yerodia dont il est question ici. En effet, le 11 avril 2000, un juge d'instruction près le Tribunal de première instance de Bruxelles a décerné un mandat d'arrêt international contre le ministre des

Affaires étrangères de la République Démocratique du Congo (RDC) pour des « crimes » constituant des violations graves du droit international humanitaire et des crimes contre l'humanité. Le Congo conteste le mandat d'arrêt lancé contre son ministre des Affaires étrangères en faisant valoir que celui-ci, représentant son État à l'étranger, devrait bénéficier d'un statut assimilé à celui de chef d'État étranger et comportant les mêmes immunités et privilèges internationaux. Autrement, le Congo pense que la Belgique a violé, à son encontre, la règle de droit international coutumier relative à l'inviolabilité et à l'immunité pénale absolues des ministres des Affaires étrangères en fonction. La Cour, en se fondant sur le droit coutumier, a conclu que les ministres des Affaires étrangères bénéficient, pour toute la durée de leurs fonctions, d'une immunité de juridiction pénale et d'une inviolabilité absolues. Pour la Cour, l'émission du mandat d'arrêt et sa diffusion sur le plan international ont constitué une violation des obligations de la Belgique à l'égard du Congo, précisément une violation de l'immunité de juridiction pénale et de l'inviolabilité dont M. Yerodia jouissait à l'époque, en tant que ministre des Affaires étrangères.

La préoccupation centrale de cet article est de savoir s'il peut exister une immunité pour les crimes internationaux en droit international. Ainsi, il sera démontré, en réponse à cette question, que les crimes internationaux reprochés à Yerodia ne peuvent nullement être couverts par l'immunité *ratione materiae* du fait de leur nature et par le souci de combattre l'impunité des gouvernants.

Pour y parvenir, trois documents importants constituent la base de l'analyse : le mémoire présenté par le gouvernement de la RDC, le contre-mémoire présenté par la Belgique, et l'arrêt Yerodia proprement dit. C'est à partir de ce socle, y compris les opinions individuelles des juges, que l'essentiel de l'intervention sera cerné. Naturellement, les différentes sources de droit international en la matière seront également d'une grande utilité pour parfaire l'argumentation.

Cette étude soulève la question du conflit existant entre l'obligation de poursuivre les crimes internationaux et celle de respecter les immunités des gouvernements étrangers. La controverse illustre en effet une querelle entre les juristes créativistes et les juristes positivistes. Contre les seconds, qui sont les tenants de la rigueur exégétique, d'un point de vue purement objectiviste, la présente étude se rapproche de ceux pour qui le droit, perpétuellement, doit s'adapter à la vie, sans quoi il est l'instrument bureaucratique du statu quo. De ce point de vue, l'obligation de poursuivre les crimes odieux reprochés à Yerodia s'impose à tous les États et doit prendre le pas sur la règle de l'immunité.

Outre cette introduction et la conclusion, l'argumentation *in causam* s'articule autour de deux parties principales. Dans un premier temps, il s'agit de démontrer que les immunités accordées à Monsieur Yerodia n'ont aucune raison d'être en droit international (Section 2), du fait à la fois du caractère non absolu des immunités accordées aux ministres des Affaires étrangères et de la nature des crimes reprochés à Yerodia. Ensuite, il sera démontré que l'immunité conduit à l'impunité (Section 3), d'où la nécessité de poursuivre les auteurs de tels crimes.

2. Les immunités accordées à Yerodia n'ont pas leur raison d'être en droit international

Pour exposer l'essentiel du premier argument en faveur de la limitation des immunités pour crimes graves de droit international, dans un premier temps, il convient d'examiner ce que dit le droit international au sujet des immunités de tout ministre des Affaires étrangères, afin de conclure qu'il n'existe aucune règle de droit international coutumier conférant l'immunité absolue aux ministres des Affaires étrangères en exercice. Ensuite, l'accent sera mis sur la nature des crimes reprochés à Yerodia qui exclut toute immunité de juridiction *ratione materiae*, quelle que soit sa qualité officielle de ministre des Affaires étrangères en exercice. Pour toutes ces questions, une confrontation sera parfois faite avec les arguments de la partie congolaise, y compris ceux qui ont motivé la décision de la Cour internationale de Justice (CIJ).

2.1 La qualité officielle de ministre des Affaires étrangères en exercice n'accorde pas à Yerodia des immunités absolues en droit international

Quand on lit attentivement le mémoire présenté par le Gouvernement de la République Démocratique du Congo et l'arrêt de la Cour, on se rend rapidement compte de l'essentiel de la prétention : « la RDC et la Cour internationale de Justice considèrent que la Belgique viole le droit international en ne respectant pas les immunités dont jouissent les ministres des Affaires étrangères en vertu du droit coutumier international ». Selon la Belgique, et c'est également la position défendue ici, cette prétention néglige certains développements récents du droit international ainsi que d'autres éléments clés du droit applicable.

Avant d'entrer dans le vif de la question, il convient de clarifier la différence entre les immunités fonctionnelles (ou *ratione materiae*) et les immunités personnelles (ou *ratione personae*). En effet, le droit international distingue généralement les immunités accordées aux individus-organes de l'État en catégories. Les premières citées sont prévues pour tout individu-organe d'un État dans l'exercice de ses fonctions publiques, car il agit pour le compte de l'État. Par conséquent, les immunités de ce type couvrent exclusivement les actes accomplis dans l'exercice des fonctions publiques, car ces actes sont attribués à l'État et non aux individus-organes en tant que personnes privées. Puisqu'il s'agit d'immunités liées à la nature de l'acte, leur validité dans le temps s'étend au-delà de la cessation de la fonction de l'individu-organe. La question ici est de savoir si commettre des crimes odieux fait partie des fonctions publiques.

Quant aux immunités personnelles ou diplomatiques, elles sont accordées à certaines catégories d'individus-organes (les agents diplomatiques) qui exercent leurs fonctions sur le territoire d'un État étranger, afin d'assurer le libre exercice de leurs tâches (ne impediatur legatio). Mais contrairement aux immunités fonctionnelles, les immunités diplomatiques ne survivent pas après la cessation de la fonction. Toutefois, les organes d'État qui jouissent des immunités diplomatiques bénéficient concurremment des immunités fonctionnelles : pour eux donc, les deux types d'immunités coexistent jusqu'à la cessation de leur fonction. Il faut signaler que le droit coutumier accorde les immunités diplomatiques, par analogie avec les agents diplomatiques, aussi aux chefs d'État, aux chefs de gouvernement et aux ministres des Affaires étrangères en visite officielle sur le territoire d'un autre État, ainsi qu'aux représentants envoyés en mission spéciale.

Par ailleurs, la distinction entre les deux catégories gagne, dans la pratique, une importance particulière : il est utile de la maintenir, car il sera nécessaire de vérifier si, pour les crimes internationaux, il est possible de déroger aux immunités dont certains organes d'État bénéficient à double titre, notamment dans le cas Yerodia.

Après cette précision qui paraît très pertinente, revenons à la prétention de la RDC. En effet, en règle générale, les ministres des Affaires étrangères bénéficient de l'immunité de juridiction devant les tribunaux étrangers, et si leur personne est inviolable, c'est sous réserve d'une importante condition : il est aujourd'hui accepté que les chefs de gouvernement et les ministres des Affaires étrangères, comme pour les chefs d'État, portent une responsabilité personnelle en droit international pour les faits qui sont à ce point graves qu'ils constituent des crimes de droit international. Il faut toujours avoir à l'esprit que le statut juridique des immunités des membres des gouvernements étrangers n'est réglé par aucune convention internationale (même s'il existe une seule source conventionnelle qu'est la Convention sur les Missions spéciales, ignorée à la fois par la Belgique et par le Congo). Dans le projet d'articles sur l'immunité des États de la juridiction élaboré par la Commission du Droit International (CDI), on se réfère aux immunités personnelles reconnues aux chefs d'État en faisant tout simplement allusion au droit international coutumier.

De ce qui précède, depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale, l'immunité accordée aux officiels cités tantôt, à l'origine absolue, comporte des limites. En effet, de nombreuses conventions internationales, notamment la Conférence de Londres du 8 août 1945 (créant le Tribunal siégeant à Nuremberg), le Statut du Tribunal siégeant à Tokyo, la résolution de l'Assemblée générale de l'ONU (11 décembre 1946), la Convention internationale sur la répression du crime d'apartheid (30 novembre 1973) entrée en vigueur le 18 juillet 1976, les résolutions n° 827 et 955 du Conseil de sécurité des Nations Unies ayant adopté respectivement le Statut du Tribunal international de La Haye pour l'ex-Yougoslavie et celui du Tribunal pénal d'Arusha pour le Rwanda, la Convention portant Statut de la Cour pénale internationale adoptée le 17 juillet 1998, ont écarté cette immunité pour les crimes les plus graves contre l'humanité, de génocide, d'apartheid et de guerre.

Comme on peut le voir, toutes ces conventions traduisent la nécessité qu'il y a pour la communauté internationale de poursuivre les faits les plus graves, même lorsqu'ils ont été commis par un chef de l'État dans l'exercice de ses fonctions, dès lors que ceux-ci constituent des crimes internationaux. Pour le cas qui nous occupe, les faits reprochés à Yerodia, à les supposer établis, entreraient dans la catégorie des crimes internationaux et ne pourraient, en tout état de cause, être considérés comme ressortissant des fonctions d'un ministre des Affaires étrangères.

À la lumière de tout ce qui a été dit, on peut formuler un certain nombre de propositions relatives à l'immunité des ministres des Affaires étrangères qui n'accordent aucun crédit à la prétention principale de la RDC. Ainsi, les ministres des Affaires étrangères en exercice bénéficient d'une immunité générale de juridiction devant les tribunaux d'un État étranger, mais par exception à la règle

générale, ils sont personnellement responsables des faits dont ils sont accusés lorsqu'ils constituent des crimes de droit international. La tendance actuelle du droit international transperce le voile corporatif de l'État en s'adressant directement à l'individu et en rendant ce dernier responsable de ses actes devant le droit international.

Encore une fois, l'immunité dont bénéficie Yerodia ne s'applique que pour lui permettre d'exécuter les tâches énumérées par la Cour (par. 53). Par contre, les faits qui lui sont reprochés ne retiennent pas dans cette catégorie des tâches, et par conséquent aucun *acta imperii*. De même, lorsque leurs fonctions officielles (ministres des Affaires étrangères) se terminent, ils ne peuvent plus prétendre à l'immunité que pour les actes officiels accomplis dans l'exercice de la fonction (durée de la fonction). Ici, le critère déterminant n'est pas celui de la personne incriminée mais celui de l'acte accompli. Quelle est alors la nature des crimes reprochés à Yerodia qui doit l'empêcher de se prévaloir de sa qualité officielle pour échapper, dans l'ordre international, à sa responsabilité individuelle, tant il est vrai que le droit international humanitaire lie les États et, au-delà des États, il en lie les organes et les individus qui les composent.

2.2 La nature des crimes reprochés à Yerodia exclut toute immunité

Concernant les crimes de guerre et crimes contre l'humanité reprochés à Yerodia, la Cour semble corroborer le point de vue de la RDC. En effet, elle déclare qu'elle ne saurait déterminer l'existence, en droit international coutumier, d'une exception quelconque à la règle consacrant l'immunité de juridiction pénale et l'inviolabilité des ministres des Affaires étrangères en exercice soupçonnés d'avoir commis des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité (par. 58, al. 1, de l'arrêt).

Elle poursuit en observant que rien, dans les dispositions des instruments juridiques portant création des tribunaux pénaux internationaux relatives à l'immunité ou à la responsabilité pénale des personnes agissant à titre officiel, ne permet de conclure à l'existence d'une telle exception en droit international coutumier s'agissant des juridictions pénales (par. 58, al. 2).

La Cour conclut que ces immunités « demeurent opposables devant les tribunaux d'un État étranger, même lorsque ces tribunaux exercent une telle compétence sur la base de ces conventions » (fin par. 59). Tout comme Madame C. Van Den Wyngaert, on peut trouver que la Cour se fonde sur une base erronée en supposant que le droit international coutumier reconnaît aux ministres des Affaires étrangères une immunité de juridiction totale. De même que la Belgique, on ne conteste pas le fait que les membres d'un gouvernement étranger en exercice bénéficient de l'immunité. Mais là où la RDC affirme que cette immunité est absolue, il convient de répondre qu'il existe des exceptions en cas de crimes de droit international humanitaire. Ainsi, en matière de ces derniers crimes, certains instruments internationaux, comme ceux qui ont été cités tantôt, prévoient explicitement des dérogations.

En droit belge, la loi exclut également l'application des règles relatives à l'immunité en matière de crimes de droit international humanitaire : l'article 5, § 3 de la loi du 16 juin 1993, telle que modifiée par la loi du 10 février 1999, dispose que l'immunité attachée à la qualité officielle d'une personne n'empêche pas les poursuites du chef de crime de génocide, de crime contre l'humanité et de violations graves aux Conventions de Genève et à ses protocoles additionnels. Damien Vandermeersch soutient que lors des travaux préparatoires, il a été précisé que l'introduction de cette dérogation aux règles concernant l'immunité constituait la transposition en droit interne d'une règle de droit humanitaire international, qui faisait déjà partie intégrante de l'ordre juridique belge et qui a été confirmée par l'article 27 du Statut de la CPI.

Suivant une partie de la doctrine, l'immunité reconnue aux chefs d'État ne s'applique pas en matière de crimes de droit international, tels que les crimes de guerre, les crimes contre la paix, le crime de génocide ou les crimes contre l'humanité. La protection que le droit pénal international assure aux représentants de l'État ne saurait s'appliquer à des criminels. Les auteurs de ces actes ne peuvent invoquer leur qualité officielle pour se soustraire à la procédure normale et se mettre à l'abri du châtiement. Les immunités, leurs contours et leurs limites, sont fixées par le droit international. Lorsqu'elles existent, c'est effectivement l'État qui peut renoncer à son immunité ou à celle de l'un de ses organes. Lorsqu'elles n'existent pas, l'État doit s'incliner. Telle est bien la situation lorsqu'un acte de fonction (tels sont les faits reprochés à Yerodia) constitue un crime international qui consacre une exception à l'immunité de juridiction pénale de l'ancien chef d'État.

L'inapplication de la protection découlant des immunités reconnues en droit international résulte, et ici on peut être d'accord avec Vandermeersch, d'une règle coutumière internationale dont le principe a été rappelé dans l'article 27 du Statut de la CPI qui

stipule : « (...) la qualité officielle de chef d'État ou de gouvernement, de membres d'un gouvernement ou d'un parlement, de représentant élu ou d'agent d'un État, n'exonère en aucun cas de la responsabilité pénale au regard du présent Statut, pas plus qu'elle ne constitue en tant que telle un motif de réduction de la peine (...) ». On comprend dès lors que la nature de tels crimes et les circonstances dans lesquelles ils ont été commis, en faisant habituellement usage de l'appareil de l'État, rend moins aisée toute entreprise consistant à trouver un argument convaincant et pertinent susceptible de protéger leurs auteurs. Ainsi, la nature des crimes ordonnés par les responsables du III^e Reich empêche qu'ils puissent se prévaloir de leur qualité d'agents supérieurs de l'État pour échapper, dans l'ordre international, à leur responsabilité individuelle. Dans leur revue de la littérature relative à la question, les juges Higgins, Kooijmans et Buergenthal confirment la même idée : « (...) that serious international crimes can not be regarded as official acts because they are neither normal state functions nor functions that a state alone (in contrast to an individual) can perform (...) ». De plus, un autre argument est apparu dans la décision de la Chambre des Lords : en matière de crimes internationaux, la nature du crime implique la levée de l'immunité.

Par ailleurs, les explications de Hervé Ascensio sur l'affaire Kadhafi sont très pertinentes et rejoignent cette préoccupation : « (...), elle ne porte pas sur des crimes internationaux, mais sur des actes de terrorisme, qui, pour graves qu'ils soient, n'entrent pas dans la catégorie des crimes qui sont considérés comme des crimes de nature internationale, à savoir le génocide, les crimes contre l'humanité, le crime d'agression et les crimes de guerre. Il me semble, malgré tout, qu'il y a une tendance à lever, ou à refuser, l'immunité lorsqu'il s'agit d'un crime de nature internationale. Je n'aurai pour ma part une lecture pas si négative que cela de la décision de la Chambre criminelle de la Cour de cassation dans l'arrêt Kadhafi, parce que, le professeur Lachaume a cité le passage, elle dit que les actes en question ne relèvent pas des exceptions à l'immunité des chefs d'État. C'est donc qu'il existe des exceptions ! (...). Là où il me semble que la Chambre criminelle de la Cour de cassation n'est peut-être pas allée assez loin, c'est que les exceptions ne relèvent pas uniquement du droit conventionnel. Je ne vois pas pourquoi il n'y aurait pas également des exceptions qui relèveraient du droit coutumier ». Ainsi, la règle établie par la décision de la Chambre des Lords sur l'affaire Pinochet (et d'une certaine façon l'arrêt de la Chambre d'accusation de la Cour d'appel de Paris sur l'affaire Kadhafi) concernant l'immunité d'État est à la fois une manifestation de pratique des États et de l'opinio juris, et conforme avec la hiérarchie des valeurs de la communauté internationale. Il résulte de tout ce qui a été dit que « immunity ratione materiae should be no obstacle to the prosecution of the serious violations of human rights which are described in the concept of core crimes ». C'est justement la nature de ces crimes odieux qui impose non seulement la levée de l'immunité, mais également de juger leurs auteurs pour mettre un terme à l'impunité d'une catégorie de criminels. L'épée de la justice internationale doit fendre le crâne pervers du criminel international, où qu'il se terre et quelle que soit sa fonction.

3. L'immunité conduit à l'impunité : l'obligation de poursuivre Yerodia pour crimes internationaux relève du jus cogens

Après avoir examiné la portée exacte des immunités d'un ministre des Affaires étrangères, contrairement à la prétention de la RDC consistant à plaider pour une immunité totale de son ministre et sans nier le fait qu'il peut y avoir des circonstances exceptionnelles où les considérations fonctionnelles qui sous-tendent les immunités dont bénéficient les ministres des Affaires étrangères en exercice nécessitent la reconnaissance d'une large immunité d'exécution dans des États étrangers, il convient de confirmer le point de vue de la Belgique : la tendance générale à limiter l'immunité et les règles de poursuite des personnes accusées d'infractions graves au droit international humanitaire exigent cependant qu'une prétention à l'immunité de juridiction soit fermement rejetée en de pareilles circonstances.

Du point de vue du droit international pénal, les crimes internationaux pour lesquels il a été démontré la nécessité de lever l'immunité de Monsieur Yerodia compte tenu de leur nature doivent être réprimés et chaque État doit agir comme bras opérationnel de la communauté internationale toute entière, victime de ces crimes. Il serait choquant que certains individus restent impunis à cause de leur fonction, d'autant plus que les actes des gouvernants sont souvent les plus dangereux pour les victimes et la norme. Ainsi, le deuxième argument portera sur la nécessité de punir les auteurs de ces crimes quelles que soient leurs fonctions afin d'éradiquer l'impunité des gouvernants imprudents. D'abord, il sera insisté sur les pressions que doit faire le droit pour raisonner la raison d'État, puis il sera démontré que finalement certaines obligations de poursuivre appartiennent au jus cogens.

3.1 Le droit raisonner la raison d'État : la logique judiciaire n'accepte pas que l'immunité favorise l'impunité

Très souvent, la raison d'État est assimilée à la souveraineté. C'est une confusion malheureuse. Si l'on prend la raison d'État comme un synonyme de la souveraineté, il est très difficile dans l'ordre international de limiter cette souveraineté-là, puisque c'est la souveraineté de l'État qui fonde l'ordre international et donc le droit international. Du point de vue défendu ici, il faut donner un autre sens à la raison d'État : on pourrait la rapprocher de la liberté et non pas de la souveraineté, liberté à l'État de réglementer, de régir la vie internationale, mais dans un but précis, dans l'intérêt général de la communauté internationale. Et si cette liberté n'est pas utilisée dans cet objectif-là, on peut l'encadrer.

Malgré les réticences, l'ordre pénal international est un outil pour contribuer à raisonner la raison d'État. Aujourd'hui, l'utilisation de cet outil relève d'un certain défi qu'il faut relever. L'ordre pénal international est donc un des symboles, un des garants du principe d'humanité qui fait partie du nouvel ordre international. Sa spécialité est qu'il permet de combattre l'impunité et de satisfaire aussi les besoins des victimes (leurs besoins de justice). Il faut toutefois préciser que tant qu'il y aura des États, il existera nécessairement une raison d'État. Mais tout est question d'équilibre. Il faut une raison d'État, mais qui soit respectueuse des droits de l'homme. Le droit international est un droit qui a été construit pour la notion de responsabilité de l'État ; le droit pénal international, quant à lui, est un droit qui doit répondre à une autre question très différente, la responsabilité individuelle. C'est cette justice pénale internationale qui a pour fonction de protéger les individus contre les actes criminels qui seraient commis principalement par des gouvernants, donc remettant en cause le pacte social.

De ce qui précède, il faut préciser que l'ordre pénal international est un ordre partiel de coopération. Sa mise en œuvre dépend à la fois des juridictions nationales et des juridictions internationales ad hoc ou permanentes. C'est alors un ordre propice à des conflits de compétences (internationales, universelles, nationales), de loi applicable, d'exécution des jugements. En matière de crimes de droit international humanitaire, la nécessité de lutter contre l'impunité de leurs auteurs justifie le sens de certains instruments nationaux qui prévoient explicitement des dérogations aux protections diplomatiques ou consulaires et excluent toute immunité attachée à la qualité officielle. Malheureusement, la RDC ne fait pas sienne la préoccupation ou la nécessité qu'il y a pour la communauté internationale de punir les auteurs des actes criminels et s'attache fermement à une notion obsolète d'immunité absolue. Citons ici quelques instruments :

- l'article 227 du Traité de Versailles du 28 juin 1919 ;
- l'article 7 du Tribunal militaire international de Nuremberg, annexé à l'Accord de Londres du 8 août 1945 ;
- l'article 6 du Statut du Tribunal militaire international de Tokyo ;
- l'article 4 de la Convention du 9 décembre 1948 pour la prévention et la répression du crime de génocide ;
- l'article 7, § 2, du Statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie ;
- l'article 6, § 2, du Statut du Tribunal pénal international pour le Rwanda ;
- l'article 27 du Statut de la CPI ;
- l'article 6, § 2, du projet de Statut du Tribunal spécial pour la Sierra Leone ;
- le point 1 de la Résolution 3074 (XXVIII) de l'Assemblée générale en date du 3 décembre 1973, portant Principes de la coopération internationale en ce qui concerne le dépistage, l'arrestation, l'extradition et le châtiment des individus coupables de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité ;
- l'article 2 de la Convention sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité (AGNU rés. 2391 (XXIII) du 26 novembre 1948).

Tous ces instruments constituent la réaction de la communauté internationale aux horreurs du XXe siècle (le génocide commis par le IIIe Reich, le génocide au Rwanda, la purification ethnique dans l'ancienne Yougoslavie, les crimes de guerre hélas innombrables...) et à celles du XXIe siècle commençant (le terrorisme y devenant davantage terrifiant). La volonté traduite ici est

de mettre en place un système pénal international ad hoc ou permanent pour poursuivre et punir les individus qui sont les doctrinaires, les commanditaires et les auteurs de ces horreurs. Cette volonté n'exclut pas d'ailleurs la responsabilité internationale de l'État qui serait à l'origine des crimes internationaux commis, mais, sur le plan pénal, le but est de transpercer la capacité étatique qui protégerait les individus. De cette façon, l'immunité de Monsieur Yerodia ne suffit plus à le mettre à l'abri de l'ordre pénal international (ici complémentaire entre le niveau interne et le niveau international). A. Cassese pense également que l'immunité *ratione materiae* ne peut être soulevée pour les crimes internationaux : « Many cases where military officials were brought to trial before foreign courts demonstrate that state agents accused of war crimes, crimes against humanity or genocide may not invoke before national courts, as a valid defence, their official capacity (...) ».

En plus de la loi belge (déjà citée) qui stipule que l'immunité attachée à la qualité officielle d'une personne n'empêche pas les poursuites pour génocide, crimes contre l'humanité et violations graves aux Conventions de Genève, la pratique et la jurisprudence internationale font état d'autres « hésitations » des juges nationaux. En plus des cas Pinochet, Kadhafi, Milošević..., dans l'affaire Marcos jugée aux États-Unis, la compétence des juridictions américaines à l'encontre de l'ex-président a été admise pour des actes de torture dès lors qu'il ne s'agissait pas d'actes officiels commis « within the scope of his authority ». Dans un tel esprit, le rapport sur le Sénégal souligne que « la carence ou le vide de la loi nationale ne doit pas constituer un obstacle à la répression des personnes coupables d'infractions visées par la Convention (contre la torture) quelles que soient les fonctions qu'elles occupent ou ont occupées au sein de l'appareil étatique ».

Quoi qu'il en soit, les hésitations des juges nationaux seraient alors dépassées au profit d'une conception qui donnerait prééminence aux valeurs communes de l'humanité sur les intérêts particuliers liés à la souveraineté des États. Ce sont les exigences de la justice, parce que l'immunité peut conduire à l'impunité d'un tortionnaire, d'un criminel de guerre ou d'un criminel contre l'humanité, qui doivent l'emporter sur les contraintes diplomatiques et politiques favorables à l'immunité.

3.2 Certaines obligations de poursuivre appartiennent au jus cogens

On le sait, l'affaire Yerodia soulève une question cruciale à laquelle fait face la communauté internationale actuelle : la tension entre le besoin de préserver les privilèges des États étrangers et les demandes des valeurs universelles émergentes qui sapent ces privilèges étatiques. Malgré cette tension, il n'existe pas de hiérarchie entre les normes du droit international en raison de leurs sources, leur mode de production ou leur auteur. Il y a, en revanche, des normes qui sont supérieures à d'autres en raison de leur contenu : celles qui appartiennent au jus cogens, qui sont impératives. Ainsi, la Convention de Vienne sur le droit des traités définit une règle impérative comme : « une norme acceptée et reconnue par la communauté internationale des États dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère » (art. 53). Les poursuites belges qui ont provoqué l'affaire Yerodia étaient entre autres fondées sur des infractions graves aux conventions. Or, selon M. Sassoli, « les règles fondamentales de ces conventions, et du droit international humanitaire dont elles font partie, comptent parmi les meilleurs candidats au titre de règles impératives ».

Si l'on part de l'acceptation traditionnelle du jus cogens, celle selon laquelle ce dernier exclut des dérogations par traité, le texte même des Conventions de Genève corrobore cette vue en excluant des accords dérogatoires portant préjudice aux droits des personnes protégées selon ces conventions. La CIJ, elle-même, a qualifié les normes du droit international humanitaire d'« intransgressibles », d'où la confirmation de son caractère impératif bien que la Cour n'ait pas soulevé la question de leur appartenance au jus cogens (par. 83).

Lorsqu'il s'agit de déterminer quelles sont les règles fondamentales des Conventions de Genève qui font ainsi partie du jus cogens, il est logique d'estimer que ce sont celles dont la violation est qualifiée par les dispositions sur les infractions graves de crimes de guerre et qui entraînent une responsabilité pénale individuelle. Ce qui précède n'implique pas encore nécessairement que, non seulement les règles, mais aussi l'obligation de poursuivre les individus qui les violent, appartiennent au jus cogens. De plus, selon le texte même des Conventions de Genève, « aucune Partie contractante ne pourra s'exonérer elle-même, ni exonérer une autre Partie contractante, des responsabilités encourues par elle-même ou par une autre Partie contractante en raison des infractions » qualifiées d'infractions graves et donc de crimes de guerre. Selon Sassoli, ce ne serait pas seulement en vertu de cette disposition qu'un traité par lequel deux États renonceraient mutuellement à la poursuite de crimes de guerre futurs qui seraient commis entre

eux devrait être considéré comme nul. Les obligations de poursuivre prévues par les Conventions de Genève appartiennent également au jus cogens et on ne voit pas comment on pourrait exclure de cette qualification celle qui se fonde sur la compétence universelle, dans la mesure où elle existe. Il reste à voir ce qu'il en est des immunités.

3.3 Les immunités ne font pas partie du jus cogens

L'obligation de poursuivre, comme il vient d'être exposé, est hiérarchiquement supérieure à toute obligation internationale, à l'exception d'une autre règle de jus cogens. Les règles sur les immunités méritent-elles aussi cette qualification ? La CIJ a jugé que les règles sur les immunités diplomatiques et consulaires « sont d'une importance capitale pour le maintien de bonnes relations entre les États ». Doit-on en déduire qu'elles sont impératives, ce qui serait à plus forte raison également le cas pour les règles sur les immunités des gouvernants ? La réponse n'est pas négative du seul fait qu'un État peut renoncer à l'immunité de ses gouvernants.

En effet, l'interdiction de l'agression appartient également au jus cogens, mais une agression contre un État qui y consent perd cette qualification. Par contre, on ne voit pas pourquoi un traité par lequel certains États renonceraient entre eux à toute immunité pénale en faveur de leurs gouvernants serait considéré comme nul par la communauté internationale dans son ensemble. Cela indique que les règles sur les immunités ne font pas partie du jus cogens, contrairement à l'interdiction de l'agression, à laquelle on ne pourrait pas déroger par des arrangements régionaux. De cette façon, la Belgique a raison de lire que « cette obligation de poursuivre » peut s'apparenter à une obligation de jus cogens eu égard à la gravité des crimes, à l'universalité des règles qui prévoient leur répression, à la vigueur avec laquelle l'obligation est affirmée et à leur lien avec l'obligation de garantir les règles les plus élémentaires des droits de l'homme.

Si une règle appartient au jus cogens et l'autre ne le fait pas, il est étonnant de lire la CIJ affirmer que la seconde prévaut sur la première. La simple explication que l'immunité ne signifie pas impunité ne semble pas être suffisante. En effet, une règle impérative ne cesse pas de prévaloir sur une règle non impérative du seul fait que l'application de cette dernière ne rend pas l'atteinte de l'objectif de la première entièrement illusoire.

4. Conclusion

Par rapport aux évolutions actuelles du droit international, l'affaire Yerodia pose le problème du conflit persistant entre les immunités et l'obligation de poursuivre (ou punir) les crimes internationaux odieux. Ce conflit divise les juristes et les praticiens du droit. La Cour, pourtant, dans son arrêt n'a nullement fait avancer le débat en privilégiant les immunités accordées aux ministres des Affaires étrangères, et ce, au détriment des règles du droit international humanitaire et de la lutte contre l'impunité de ceux qui font surtout usage de l'appareil de l'État pour commettre de tels crimes, c'est-à-dire les crimes de jus cogens.

Tout au long de cet exposé, il a été insisté sur le fait que l'immunité ne protège pas des personnes agissant en leur qualité officielle lorsque des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité leur sont imputés. C'est le cas pour Yerodia. En effet, la nature des crimes lui reprochés et la nécessité de les punir pour éradiquer l'impunité ont constitué le socle de l'argumentation. C'est une façon d'œuvrer pour l'efficacité et la crédibilité du droit pénal international au moment où il faut préparer le terrain pour le fonctionnement effectif de la CPI.

Il faut noter toutefois que le droit pénal international est appelé à se fonder sur des valeurs communes partagées par une communauté internationale qui n'est plus un mythe, mais tend à devenir une réalité, encore bien fragile, qui resterait à construire et à consolider. C'est le défi de notre époque. Car les crimes reprochés à Yerodia interpellent l'humanité dans son ensemble, un peu comme l'attestent ces propos de Grotius : « il existe des délits qui intéressent de quelque façon la société humaine, délits que les autres États, ou leurs chefs, ont droit de poursuivre de la même manière que dans chaque État (...) ».

Références

- [1]. ANDRIANTSIMBAZOVINA, J. « La contribution des organes régionaux de protection des droits de l'homme au développement d'un monde de droits ». In : GABORIAUX, S. & PAULIAT, H. (dir.). La justice pénale internationale. Actes de colloque, Limoges, 2001, p. 85.
- [2]. BELANGER, M. Droit international humanitaire. Paris, Gunlino éditeur, 2002.
- [3]. CASSESE, A. « When may Senior state officials be tried for international crimes? Some comments on the Congo V. Belgium case ». European Journal of International Law, vol. 13, 2002, p. 870.
- [4]. CASSESE, A. & DELMAS-MARTY, M. (dir.). Crimes internationaux et juridictions internationales. Paris, PUF, 2002.
- [5]. CASSESE, A. & DELMAS-MARTY, M. (dir.). Juridictions nationales et crimes internationaux. Paris, PUF, 2002.
- [6]. DAVID, E. Éléments de droit pénal international. Bruxelles, PUB, 1997.
- [7]. DELMAS-MARTY, M. « La responsabilité pénale en échec (prescription, amnistie, immunités) ». In : CASSESE, A. & DELMAS-MARTY, M. (dir.). Juridictions nationales et crimes internationaux. Paris, PUF, 2002, p. 648.
- [8]. DOMICILE, C. « Quelques observations sur l'immunité de juridiction pénale de l'ancien chef d'État ». Revue générale de droit international public, n° 2, 1999, p. 306.
- [9]. DUPUY, P.-M. « Crimes et immunités, ou dans quelle mesure la nature des premiers empêche l'exercice des seconds ». Revue générale de droit international public, n° 2, 1999, p. 291.
- [10]. FRANK, R. « L'immunité d'exécution de l'État et des autres collectivités publiques en droit allemand ». In : Centre inter-universitaire de droit public, A.S.B.L. Rapports de symposium international. Bruxelles, Bruylant, 1990, p. 3.
- [11]. FRULLI, M. « Le droit international et les obstacles à la mise en œuvre de la responsabilité pénale pour crimes internationaux ». In : CASSESE, A. & DELMAS-MARTY, M. (dir.). Crimes internationaux et juridictions internationales. Paris, PUF, 2002, p. 216.
- [12]. GABORIAUX, S. & PAULIAT, H. (dir.). La justice pénale internationale. Actes de colloque, Limoges, 2001.
- [13]. HENZELIN, M. « La compétence pénale universelle. Une question non résolue par l'arrêt Yerodia ». Revue générale de droit international public, tome 106/2002/4, p. 882.
- [14]. MARTENS, P. « L'expérience belge de compétence universelle ». In : GABORIAUX, S. & PAULIAT, H. (dir.). La justice pénale internationale. Actes de colloque, Limoges, 2001, p. 192.
- [15]. SALMON, J. Manuel de droit diplomatique. Bruxelles & Beyrouth, Bruylant & Dekta, 1996.
- [16]. SANTULLI, C. « Pourquoi combattre l'impunité dans un cadre international ? La Cour pénale internationale : de l'impunité à la répression ? ». In : GABORIAUX, S. & PAULIAT, H. (dir.). La justice pénale internationale. Actes de colloque, Limoges, 2001, p. 179.
- [17]. SASSOLI, M. « L'arrêt Yerodia : quelques remarques sur une affaire au point de collision entre les deux couches du droit international ». Revue générale de droit international public, tome 106/2002/4, p. 792.
- [18]. VANDERMEERSCH, D. « Inventaire des principaux instruments législatifs en droit positif belge ». In : CASSESE, A. & DELMAS-MARTY, M. (dir.). Juridictions nationales et crimes internationaux. Paris, PUF, 2002, p. 102.
- [19]. WATTS, A. 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, 1994, III, vol. 247, p. 111.

- [20]. WIRTH, S. « Immunity for core crimes? The ICJ's Judgment in the Congo V. Belgium case ». European Journal of International Law, vol. 13, 2002, p. 888.