

Torture et Immunité d'un Ancien Chef d'Etat: Deux Notions en Guerre

Etude du statut de l'immunité d'un ancien chef d'Etat en cas de violation de la
prohibition de torture en droit international public

Mémoire réalisé par
Coralie Van der Wielen

Promoteur(s)
Philippe Gautier

Année académique 2015-2016
Master en droit

Plagiat et erreur méthodologique grave

Le plagiat entraîne l'application des articles 87 à 90 du règlement général des études et des examens de l'UCL.

Il y a lieu d'entendre par « plagiat », l'utilisation des idées et énonciations d'un tiers, fussent-elles paraphrasées et quelle qu'en soit l'ampleur, sans que leur source ne soit mentionnée explicitement et distinctement à l'endroit exact de l'utilisation.

La reproduction littérale du passage d'une oeuvre, même non soumise à droit d'auteur, requiert que l'extrait soit placé entre guillemets et que la citation soit immédiatement suivie de la référence exacte à la source consultée.*.

En outre, la reproduction littérale de passages d'une œuvre sans les placer entre guillemets, quand bien même l'auteur et la source de cette œuvre seraient mentionnés, constitue une erreur méthodologique grave pouvant entraîner l'échec.

* A ce sujet, voy. notamment <http://www.uclouvain.be/plagiat>.

*Nous tenons à exprimer toute notre reconnaissance
À notre promoteur, Monsieur Philippe Gautier,
Pour l'aide et le temps qu'il nous a consacrés tout au long de notre travail.
Nous remercions également toutes les personnes qui, de près ou de loin
Ont permis la réalisation de ce mémoire, tant par leurs encouragements
Et conseils judicieux que par leurs critiques bien souvent justifiées.
Nous adressons enfin nos sincères remerciements à nos parents,
Bénédicte et Bruno, pour une relecture constante et un soutien sans faille.*

TABLES DES MATIÈRES

Introduction	1
Chapitre I – Aperçu du crime de torture en droit international public	4
Introduction	4
Section I – Définition du concept en droit international public.....	5
Section II – Peines et traitements cruels, inhumains ou dégradants	7
Section III – Sources, traités et jurisprudence	9
1. Conventions	9
2. Jurisprudence	11
i. Juridictions internationales	12
ii. Tribunaux régionaux	13
Section IV – Éléments constitutifs du crime de torture.....	14
1. Critère du but recherché	15
2. Douleurs ou souffrances sévères.....	16
3. Infligées intentionnellement.....	17
4. Actes commis à titre officiel	19
Section V – Caractéristiques de la règle prohibant la torture	21
1. Reconnaissance du caractère coutumier de l’interdiction	21
2. <i>Jus cogens</i>	23
3. La portée absolue de la règle.....	25
Chapitre II – Les immunités des anciens chefs d’Etat dans l’ordre juridique international public	26
Introduction	26
Section I – Définition des deux notions centrales en droit international public	27
1. Chef d’Etat	27
2. Immunité	29
i. Définition.....	29
ii. Immunité de juridiction ou immunité d’exécution	30
iii. Les bénéficiaires de l’immunité en droit international	31
a. Immunité des agents diplomatiques	31
b. Immunité des organisations internationales	32
c. Immunité des Etats	33

Section II – L’immunité des chefs d’Etat et anciens chefs d’Etat sur la scène internationale	35
1. Historique et évolution.....	37
2. Immunité <i>ratione materiae</i> et immunité <i>ratione personae</i>	38
3. Doctrine de l’« act of State »	41
4. Compétence universelle et souveraineté nationale.....	42
Section III – L’affaire Pinochet et ses conséquences en droit international	44
1. Faits et rétroactes	45
i. Le régime d’Augusto Pinochet et ses crimes.....	45
ii. Procédures espagnoles.....	46
2. L’affaire Pinochet : Arguments et analyse.....	47
i. Première décision de la House of Lords du 25 novembre 1998	48
ii. Secondes procédures en Angleterre.....	50
iii. Suites et apports de l’affaire Pinochet	55
3. Quelle immunité pour les anciens chefs d’Etat ?	58
4. Torture et immunité d’un ancien chef d’Etat en droit international coutumier.....	64
Conclusion.....	66
Bibliographie	69
Législation	69
Doctrine	71
Jurisprudence.....	75
Sources diverses	78

Introduction

La torture a été, de tout temps, utilisée par les différentes communautés humaines qui ont peuplé et peuplent encore notre planète. Il semble d'ailleurs que cette pratique soit propre à l'espèce humaine. Pierre Desproges déclarait avec humour « Bien plus que le costume trois-pièces ou la pince à vélo, c'est la pratique de la torture qui permet de distinguer à coup sûr l'homme de la bête »¹.

La pratique de la torture semble justifiée et utilisée assez librement au cours de l'histoire à des fins variées par les pouvoirs en place, tant religieux – pensons à l'Inquisition – que politiques et militaires.

L'histoire suit son cours. Le dix-septième siècle et les courants qui l'animent laissent apparaître certaines objections quant à l'utilisation récurrente de techniques de torture. En effet, divers auteurs ou philosophes s'exprimeront sur ce sujet. Le célèbre juriste et philosophe Cesare Beccaria, dans son ouvrage *Des délits et des peines*, 1764, défend le fait que la torture constitue une punition pour l'innocent² et ne peut être raisonnablement perçue comme un moyen d'atteindre la vérité³. De même, Voltaire critiquera fortement sa patrie quant à l'utilisation de la « question »⁴. Ce courant de pensées mettant en cause la torture continuera de se développer jusqu'à un événement décisif...

En effet, la seconde guerre mondiale fera éclater au grand jour l'extrémisme dont l'homme est capable à des fins politiques ou idéologiques mais aussi l'horreur de la violence systématisée à grande échelle et le rôle que la technologie peut jouer dans l'attisement des douleurs que l'homme inflige à ses semblables.

¹ P. DESPROGES, « Torture », *Dictionnaire superflu à l'usage de l'élite et des bien nantis*, 1985.

² « No man can be judged a criminal until he be found guilty; nor can society take from him the public protection until it have been proved that he has violated the conditions on which it was granted. What right, then but that of power, can authorise the punishment of a citizen so long as there remains any doubt of his guilt? » C. BECCARIA, *Des délits et des peines*, 1764, p. 24, <http://www.thefederalistpapers.org/wp-content/uploads/2013/01/Cesare-Beccaria-On-Crimes-and-Punishment.pdf>, consulté le 12 mai 2016.

³ « Every act of the will is invariably in proportion to the force of the impression on our senses. The impression of pain, then, may increase to such a degree, that, occupying the mind entirely, it will compel the sufferer to use the shortest method of freeing himself from torment. His answer, therefore, will be an effect as necessary as that of fire or boiling water, and he will accuse himself of crimes of which he is innocent ». C. BECCARIA, *ibidem*, p. 25.

⁴ « Les Français, qui passent, je ne sais pourquoi, pour un peuple fort humain, s'étonnent que les Anglais, qui ont eu l'humanité de nous prendre tout le Canada, aient renoncé au plaisir de donner la question. (...) Les nations étrangères jugent de la France par les spectacles, par les romans, par les jolis vers, par les filles d'Opéra, qui ont les mœurs fort douces, par nos danseurs d'Opéra, qui ont de la grâce, par Mlle Clairon, qui déclame des vers à ravir. Elles ne savent pas qu'il n'y a point au fond de nation plus cruelle que la française. » VOLTAIRE, « Torture », *Dictionnaire philosophique*, 1764.

Depuis la fin de la seconde guerre mondiale, un nouveau mouvement a émergé en ce qui concerne la lutte contre de tels actes. En effet, nous assistons à des questionnements, des remises en cause de notions établies. La condamnation des actes de torture sur la scène internationale permet de s'interroger sur la justiciabilité qui y est attachée ainsi que sur la responsabilité de ces actes au sein de l'Etat.

« Governments that block the aspirations of their people, that steal or are corrupt, that oppress and torture or that deny freedom of expression and human rights should bear in mind that they will find it increasingly hard to escape the judgement of their own people, or where warranted, the reach of international law. »⁵

Cette déclaration est caractéristique d'une nouvelle interprétation de la portée du droit international dans les affaires internes aux Etats. Elle répond à une mobilisation toujours plus grande de la société civile en ce qui concerne les auteurs et responsables de crimes de torture et le besoin de justice qui émane de la société internationale actuellement.

Cependant, la mise en cause de la responsabilité d'auteurs de crimes internationaux, d'auteurs de violation de la prohibition de la torture ne va pas de soi dans un système de droit international qui est principalement basé sur la souveraineté étatique. L'espoir – et très rapidement la nécessité – de bonnes relations internationales ont amené les Etats à s'accorder sur différentes protections apportées à leurs responsables lorsque ceux-ci se trouvent hors du territoire national. C'est de ce besoin de coopération qu'émane la règle coutumière des immunités⁶, règle qui protège tant l'Etat que ses représentants contre les poursuites de cours et tribunaux étrangers.

C'est de cette tension dont cette étude traite, de la tension entre le besoin de justice lors de la commission de crimes de torture et la souveraineté étatique. Nous nous attacherons plus précisément à l'immunité des anciens chefs d'Etat et à ce qu'il en advient en ce qui concerne la commission d'actes de torture perpétrés lorsque ces chefs d'Etat étaient dans l'exercice de leurs fonctions. Toute la réflexion de notre analyse sera donc menée par le souci de définir si l'immunité des anciens chefs d'Etat doit céder devant la nécessité de juger des crimes de torture et quelle est la tendance face à cette question en droit international public aujourd'hui. Nous formulons donc notre problématique juridique en ces termes : « Quel est le statut actuel de

⁵ W. HAGUE, cité par J. KIRKUP, « William Hague : 'Arab spring' could topple Robert Mugabe », *The Telegraph*, <http://www.telegraph.co.uk/news/worldnews/africaandindianocean/libya/8398938/William-Hague-Arab-spring-could-topple-Robert-Mugabe.html>, consulté le 11 mai 2016.

⁶ J. KLABBERS, *International Law*, Cambridge University Press, 2008, p. 100.

l'immunité d'un ancien chef d'Etat lorsque celui-ci est accusé de la violation de l'interdiction de torturer ? »

Malgré la place grandissante des droits de l'homme sur la scène internationale, cette question garde toute son importance aujourd'hui, surtout lorsqu'il s'avère que le livre le plus consulté de 2015 à la bibliothèque des Nations Unies n'est autre que *Immunity of Heads of States and State Officials for International Crimes*⁷ de R. PEDRETTI. De plus, dans son rapport de 2014, l'organisation Amnesty International indique que, durant la période des cinq années qui s'étendent de 2009 à 2014, elle a reçu des informations dénonçant des actes de torture ou de mauvais traitements commis avec l'aide ou par des agents de l'Etat dans cent quarante et un pays⁸.

Afin de répondre à cette question à laquelle nous nous intéressons, nous devons nous attarder sur différentes notions. Nous commencerons par analyser la notion de la torture elle-même (Chapitre I). Outre sa définition (Section I), ce chapitre abordera également la notion voisine de mauvais traitement (Section II) pour ensuite analyser les différentes sources de droit international qui concernent le crime de torture (Section III). Nous nous intéresserons également aux éléments constituant les comportements qualifiés de torture (Section IV) pour terminer ce chapitre par les caractéristiques qui s'attachent à la règle prohibant la torture en droit international public (Section V).

Nous nous intéresserons par après aux immunités des anciens chefs d'Etat sur la scène internationale publique (Chapitre II). Pour ce faire, nous commencerons par définir la notion de chef d'Etat et la notion d'immunité (Section I) pour enfin rentrer dans le vif du sujet et analyser et différencier l'immunité des chefs d'Etat et des anciens chefs d'Etat (Section II). Nous terminerons notre analyse par l'étude de l'affaire Pinochet et de ses conséquences en ce qui concerne l'immunité d'anciens chefs d'Etat face à des allégations de torture (Section III).

⁷ Selon un tweet posté sur le compte Twitter de la bibliothèque elle-même le 31 décembre 2015. https://twitter.com/UNLibrary/status/682550730717290496/photo/1?ref_src=twsrc%5Etfw, consulté le 11 mai 2016 ; A. FERENCZI, « Le livre le plus recherché de la bibliothèque de l'ONU est une these sur l'immunité face aux crimes de guerre », *Le Huffington Post*, 7 janvier 2016, http://www.huffingtonpost.fr/2016/01/07/bibliotheque-nations-unie-livre-plus-emprunte_n_8929844.html, consulté le 11 mai 2016.

⁸ <http://www.amnesty.be/decouvrir-nos-campagnes/stop-a-la-torture/article/la-torture-quoi-comment-ou-qui-et>

Chapitre I – Aperçu du crime de torture en droit international public

Introduction

Avant de nous plonger dans la matière des immunités à proprement parler, il nous faut tout d’abord préciser les contours du crime de torture dans sa compréhension internationale. Ce ne sera que dans une seconde partie que nous nous concentrerons alors sur la possibilité pour les juridictions de se prononcer sur la culpabilité de chefs d’Etat ayant commis de tels faits. Afin de parcourir la matière de la torture, nous nous intéresserons tout d’abord à la définition de ce concept (Section I) pour nous attarder ensuite sur les différences qui le séparent de concepts voisins, à savoir, les traitements et peines cruels, inhumains ou dégradants (Section II). Nous analyserons par la suite les sources et instruments internationaux qui consacrent l’interdiction de la torture (Section III). Nous examinerons également les différents éléments qui constituent ce crime selon une majorité de décisions ou de textes émanant de la communauté internationale (Section IV). Enfin, nous terminerons par le statut de la règle prohibant la torture en droit international (Section V).

Il nous faut préciser que cette étude n’a pas pour objet d’analyser les pratiques existant pour torturer des individus, l’imagination des tortionnaires ne connaissant pas de limite. Notons cependant que certaines pratiques sont reconnues internationalement comme des techniques de torture. La pratique de « waterboarding »⁹ est récemment apparue sur le devant de la scène internationale lorsque l’ancienne gouverneur de l’Alaska Sarah Palin a déclaré, en 2014, lors d’une convention de la National Rifle Association « If I was in charge, they would know, waterboarding is how we baptize terrorists »¹⁰. Le candidat républicain à la présidence américaine Donald Trump a également déclaré en février 2016, qu’élus, il « would bring back a

⁹ « Waterboarding entails many different methods of torture, each using water to suffocate detainees and provoke the sensation of drowning. The effects results within a few seconds or minutes and leaves no external injuries (...). Waterboarding has been designed to cause intense psychological pain while granting technical impunity to those administering the punishment ». C. CORREA, « Waterboarding Prisoners and Justifying Torture: Lessons for the U.S. from the Chilean Experience », *Human Rights Brief* 14, n°2, Washington College of Law, 2007, p. 21.

¹⁰ G. LAMONICA, « Palin: ‘Waterboarding is how we baptize terrorists’ », *CNN*, 28 avril 2014, <http://politicalticker.blogs.cnn.com/2014/04/28/palin-waterboarding-is-how-we-baptize-terrorists/>, consulté le 11 mai 2016.

hell of a lot worse than waterboarding »¹¹. Une autre pratique qui est dernièrement apparue dans un rapport concernant la CIA, rapport publié par le Sénat américain fin 2014 consiste dans l'alimentation rectale des détenus, pratique pour laquelle il n'existe aucune justification médicale¹². Amnesty International répertorie également les brulures à l'aide de mégots de cigarettes, les chocs électriques, la privation de sommeil prolongée, l'utilisation de chiens ou de rats afin d'infliger de la douleur, le viol¹³... Cependant, il nous est impossible de répertorier exhaustivement les techniques et nous nous attarderons plutôt sur les caractéristiques permettant de qualifier un comportement d'acte de torture.

Section I – Définition du concept en droit international public

Il nous faut commencer notre étude en précisant que circonscrire la notion de torture n'est pas une tâche facile. Si de nombreux instruments internationaux et régionaux lui sont consacrés, ceux-ci ne s'entendent pas tous quant à la définition du concept.

Le Larousse 2016 définit la torture comme « tout acte par lequel une douleur ou des souffrances aiguës physiques ou mentales sont intentionnellement infligées à une personne » ou encore une « souffrance physique ou morale extrême »¹⁴. Ces définitions n'intègrent cependant pas les nombreux éléments constitutifs du crime de torture tel qu'il est compris dans le droit international public.

¹¹ T. MCCARTHY, « Donald Trump: I'd bring back 'a hell of a lot worse than waterboarding' », *The Guardian*, 7 février 2016, <http://www.theguardian.com/us-news/2016/feb/06/donald-trump-waterboarding-republican-debate-torture>, consulté le 11 mai 2016.

¹² N. WING, « Torture à la CIA : les passages les plus terrifiants du rapport du Sénat américain », *Le Huffington Post*, 10 décembre 2014, http://www.huffingtonpost.fr/2014/12/10/torture-cia-passages-terrifiants-rapport-senat-americain_n_6299652.html, consulté le 11 mai 2016.

¹³ Ce qui est confirmé par la jurisprudence internationale. Le tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie déclare effectivement : « The Trial Chamber considers the rape of any person to be a despicable act which strikes at the very core of human dignity and physical integrity. The condemnation and punishment of rape becomes all the more urgent where it is committed by, or at the instigation of, a public official, or with the consent or acquiescence of such an official. Rape causes severe pain and suffering, both physical and psychological. The psychological suffering of persons upon whom rape is inflicted may be exacerbated by social and cultural conditions and can be particularly acute and long lasting. Furthermore, it is difficult to envisage circumstances in which rape, by, or at the instigation of a public official, or with the consent or acquiescence of an official, could be considered as occurring for a purpose that does not, in some way, involve punishment, coercion, discrimination or intimidation. In the view of this Trial Chamber this is inherent in situations of armed conflict. Accordingly, whenever rape and other forms of sexual violence meet the aforementioned criteria, then they shall constitute torture, in the same manner as any other acts that meet this criteria. » T.P.I.Y. (ONU), Ch. de première instance, 16 novembre 1998, *Le Procureur c. Zdravko Mucić et al.*, http://www.icty.org/x/cases/mucic/tjug/en/981116_judg_en.pdf.

¹⁴ X., « Définition : torture », *Le Larousse*, <http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/torture/78580>.

La définition la plus régulièrement utilisée en droit international est celle contenue dans la Convention contre la Torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants des Nations Unies. Cette Convention définit la torture en son article premier comme « tout acte par lequel une douleur ou des souffrances aiguës, physiques ou mentales, sont intentionnellement infligées à une personne aux fins notamment d'obtenir d'elle ou d'une tierce personne des renseignements ou des aveux, de la punir d'un acte qu'elle ou une tierce personne a commis ou est soupçonnée d'avoir commis, de l'intimider ou de faire pression sur elle ou d'intimider ou de faire pression sur une tierce personne, ou pour tout autre motif fondé sur une forme de discrimination quelle qu'elle soit, lorsqu'une telle douleur ou de telles souffrances sont infligées par un agent de la fonction publique ou tout autre personne agissant à titre officiel ou à son instigation ou avec son consentement exprès ou tacite. Ce terme ne s'étend pas à la douleur ou aux souffrances résultant uniquement de sanctions légitimes, inhérentes à ces sanctions ou occasionnées par elle »¹⁵.

De cette définition, ressortent un certain nombre d'éléments nécessaires à l'établissement d'un acte de torture. La première donnée à prendre en compte est la sévérité de la souffrance infligée à la victime, ensuite, le caractère intentionnel de l'acte ainsi que le but recherché par l'auteur de l'acte. Enfin, un dernier élément significatif est la fonction officielle ou non de la personne ayant ordonné ou autorisé l'acte¹⁶. Il est cependant précisé dans la Convention que cette définition est sans préjudice de toute disposition de portée plus large émanant d'autres instruments internationaux et nationaux¹⁷. Ces éléments feront l'objet d'un développement plus approfondi ci-dessous (Voir Section IV).

Comme précisé, la définition consacrée dans la Convention contre la Torture est largement utilisée sur la scène internationale. Elle n'est cependant pas unanimement reconnue comme étant la seule et unique définition de la torture en droit international public. En effet, le Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie¹⁸, dans l'affaire *Kunarac*, a déclaré que « the definition of torture contained in the Torture Convention cannot be regarded as the definition of torture under customary international law which is binding regardless of the context in which

¹⁵ Convention contre la Torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, signée à New-York le 10 décembre 1984, approuvée par la loi du 09 juin 1999, *M.B.*, 28 octobre 1999.

¹⁶ D. KRETZMER, « Torture, Prohibition of », *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford Public International Law, Oxford University Press, décembre 2010, p. 4.

¹⁷ Article 1.2. de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, *op. cit.*

¹⁸ Ci-après TPIY.

it is applied »¹⁹. La Chambre de première instance reconnaît cependant que l'article premier de la Convention est considéré comme un élément à prendre en compte dans l'interprétation de la notion.

Dans la même affaire, la Chambre de première instance identifie les trois éléments qui sont, selon elle, acceptés pour pouvoir qualifier un comportement de torture en droit international coutumier²⁰. Ces trois éléments sont l'infliction de douleurs soit mentales soit physiques, le caractère intentionnel de l'acte²¹ ainsi que l'instrumentalisation de l'acte²².

La définition de la torture reste cependant floue et ne cesse d'évoluer en fonction des différents traités et conventions mais le caractère coutumier de la torture en droit international complexifie encore la délimitation de la notion. Notre étude va permettre d'en mettre en évidence les différents éléments constitutifs mais également la nature.

Section II – Peines et traitements cruels, inhumains ou dégradants

Nous nous intéressons brièvement aux mauvais traitements afin de préciser *a contrario* la notion de la torture étant donné que certaines juridictions internationales « définissent souvent le crime de torture par opposition aux autres infractions relatives aux mauvais traitements contenues dans leurs Statuts ou élaborées dans leur jurisprudence »²³.

S'il est impossible de trancher définitivement entre les comportements pouvant être qualifiés d'actes de tortures et ceux constituant des traitements inhumains²⁴, certaines différences peuvent néanmoins être relevées²⁵. Ainsi, le Comité International de la Croix Rouge établit la

¹⁹ T.P.I.Y. (ONU), Ch. de première instance, 22 février 2001, *Le Procureur c. Dragoljub Kunarac et al.*, § 482, <http://www.icty.org/x/cases/kunarac/tjug/en/kun-tj010222e.pdf>.

²⁰ Le caractère coutumier de la prohibition de la torture sera abordé dans notre 4^e section en tant qu'une des caractéristiques de la torture en droit international.

²¹ T.P.I.Y. (ONU), Ch. de première instance, 10 décembre 1998, *Le Procureur c. Anto Furundžija*, § 162, <http://www.icty.org/x/cases/furundzija/tjug/en/fur-tj981210e.pdf>.

²² En effet, l'infliction de la violence et de la douleur est faite afin d'accomplir un certain but. T.P.I.Y. (ONU), Ch. de première instance, 16 novembre 1998, *Le Procureur c. Zdravko Mucić et al.*, *op. cit.*, § 470.

²³ X., *La Torture en Droit International – Guide de jurisprudence*, APT et CEJIL, 2008, http://www.apr.ch/content/files_res/jurisprudenceguidefrench.pdf, p. 162, consulté le 12 mai 2016.

²⁴ X., « Torture ou mauvais traitements », *Amnesty International*, ajouté le 11 octobre 2005, <http://www.amnesty.be/decouvrir-nos-campagnes/stop-a-la-torture/la-torture-ca-ne-sert-a-rien/article/torture-et-mauvais-traitements-les>.

²⁵ Il nous faut noter que, contrairement à la torture, les traitements inhumains et dégradants ne font pas l'objet d'une définition dans la Convention de 1984.

distinction entre ces notions sur le fait que les traitements inhumains n'exigent pas l'existence d'un but spécifique²⁶.

Si nous quittons le niveau international pour nous intéresser à l'Europe, la Cour européenne ainsi que la Commission Européenne des droits de l'homme ont établi des distinctions entre ces différentes notions protégées par l'article 3 de la Convention E.D.H.²⁷. En effet, dans l'affaire *Irlande c. Royaume-Uni*, la Cour, suivant l'avis de la Commission, semble affirmer que les traitements inhumains sont une catégorie d'actes dont la gravité reste en deçà du seuil appliqué à la torture²⁸. Cette vision de la Cour reste cependant assez ambiguë et peu claire puisqu'elle se base sur une notion fluctuante de la gravité des souffrances²⁹.

En ce qui concerne les traitements dégradants, la Cour européenne des droits de l'homme s'y est davantage attardée et la notion a fait l'objet d'une analyse approfondie afin de déterminer la matière précisément. Cette attention portée aux traitements dégradants s'explique par le fait qu'ils constituent la catégorie « seuil » en dessous de laquelle un comportement ne permet plus l'application de l'article 3³⁰. Ainsi, la Cour relève le rôle particulier que l'humiliation joue dans la détermination d'un tel traitement ainsi que la gravité à laquelle cette humiliation doit répondre pour pouvoir tomber dans le champ d'application de l'article 3³¹. La distinction établie entre le crime de torture et l'infliction de mauvais traitements va être au centre de nombreuses

²⁶ X., « Quelle est la définition de la torture et des mauvais traitements ? », *CICR Ressources*, <https://www.icrc.org/fre/resources/documents/misc/69vhm2.htm>.

²⁷ “Nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants.” Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, approuvée par la loi du 13 mai 1955, *M.B.*, 19 août 1955.

²⁸ « Pour déterminer s'il y a lieu de qualifier aussi les cinq techniques de torture, elle doit avoir égard à la distinction que comporte l'article 3 (art. 3), entre cette notion et celle de traitements inhumains ou dégradants. A ses yeux, cette distinction procède principalement d'une différence dans l'intensité des souffrances infligées. (...) Or quoique les cinq techniques, utilisées cumulativement, aient présenté sans nul doute le caractère d'un traitement inhumain et dégradant, aient eu pour but d'arracher des aveux, dénonciations ou renseignements et aient été appliquées de manière systématique, elles n'ont pas causé de souffrances de l'intensité et de la cruauté particulière qu'implique le mot torture ainsi entendu. » Cour eur. D.H., arrêt *Irlande c. Royaume-Uni*, 18 janvier 1978, § 167, [http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-62064#{"itemid":\["001-62064"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-62064#{); Y. ARAI-YOKOI, « Grading scale of degradation : identifying the threshold of degrading treatment or punishment under article 3 ECHR », *N.Q.H.R.*, Vol. 21/3, 2003, p. 386.

²⁹ D. LONG, *Guide de jurisprudence sur la torture et les mauvais traitements*, APT, Genève, 2002, p. 19, http://www.apr.ch/content/files_res/Article3_fr.pdf.

³⁰ D. LONG, *ibidem*, p. 20.

³¹ “La Cour constate d'abord qu'un individu peut être humilié par le simple fait qu'on le condamne au pénal. Cependant, ce qui importe aux fins de l'article 3 (art. 3) est qu'il soit humilié non par sa seule condamnation, mais par l'exécution de sa peine. (...) Aux yeux de la Cour, pour qu'une peine soit ‘dégradante’ et enfreigne l'article 3 (art. 3), l'humiliation ou l'avilissement dont elle s'accompagne doivent se situer à un niveau particulier et différer en tout cas de l'élément habituel d'humiliation mentionné à l'alinéa précédent. » Cour eur. D.H., arrêt *Tyrer c. Royaume-Uni*, 25 avril 1978, § 30, http://www.coe.int/t/dg3/children%5CSource%5CcaselawCourt%5Ctyrer_fr.doc.

décisions de juridictions internationales tentant de préciser la définition de la torture³². Nous évoquerons ce dernier point ci-dessous (Section III. 2.).

Section III – Sources, traités et jurisprudence

Nous avons déjà évoqué la présence de la règle prohibant la torture dans la Convention contre la Torture et dans la Convention européenne des droits de l’homme. La torture est en outre prohibée dans un grand nombre d’instruments tant internationaux que régionaux. Cette abondance de sources ne rend pas la compréhension de la matière plus facile. La torture ne faisant pas l’objet d’une définition claire en droit international public, chaque traité, chaque convention, chaque cour ou tribunal retient et construit une définition qui peut lui être propre. Nous examinerons ci-dessous une série d’instruments internationaux qui ont consacré à leur manière la prohibition de la torture ainsi qu’une série de décisions phares permettant de circonscrire la matière.

1. Conventions

Avant d’entamer notre analyse des sources présentes dans l’ordre juridique, nous devons préciser que nous ne pourrions prétendre les répertorier exhaustivement. Etant donné le nombre de sources prohibant la torture tant d’un point de vue international que régional, une étude exhaustive de la matière mériterait une analyse indépendante. Nous ne nous attarderons donc dans cette section qu’aux instruments les plus importants.

Au niveau international, outre la Convention contre la Torture, nous pouvons citer notamment la Convention relative aux droits de l’enfant de 1989 qui interdit la torture, les peines et traitements inhumains, cruels ou dégradants envers les enfants en son article 37 et qui cite un certain nombre d’hypothèses qui peuvent être constitutives de torture ou de mauvais traitements³³. Concernant les instruments onusiens, nous pouvons aussi citer la présence de la prohibition de la torture dans le PIDCP³⁴.

³² X., *La Torture en Droit International – Guide de jurisprudence*, op. cit., p. 162.

³³ Notamment la peine de mort et la privation de liberté arbitraire de mineurs. Article 37 de la Convention Internationale relative aux Droits de l’Enfant, adoptée à New York le 20 novembre 1989, approuvée par la loi du 25 novembre 1989, *M.B.*, 17 janvier 1992.

³⁴ Article 7 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, adopté à New York le 19 décembre 1966, approuvé par la loi du 15 mai 1985, *M.B.*, 6 juillet 1983.

Le statut de la Cour pénale internationale classe la torture dans la catégorie de « crimes contre l'humanité ». Ce statut nous fournit également une définition nous permettant d'appréhender le concept de torture selon la Cour pénale internationale³⁵. En ce qui concerne les tribunaux spéciaux internationaux, tant le Statut du TPIY³⁶ que celui du TPIR³⁷ qualifient également les actes de tortures de crimes contre l'humanité au même titre que le viol, l'esclavage, les assassinats...³⁸ Le Statut du TPIY requiert cependant que ces actes aient été commis lors d'un conflit armé.

Quant au droit humanitaire, il nous faut parler de la Convention de Genève qui précise que lors d'un conflit armé qui n'aurait pas de caractère international, les civils et soldats « mis hors combats » ne peuvent pas être soumis à la torture par les Etats contractants³⁹.

Enfin, certains textes non contraignants consacrent, eux aussi, cette interdiction de la torture en droit international. Ainsi, la Déclaration universelle des droits de l'homme proclame que « nul ne sera soumis à la torture ni à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants »⁴⁰. Nous pouvons également faire référence à la Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants⁴¹.

En ce qui concerne les instruments régionaux, nous ne nous y attarderons que très peu. Nous avons déjà évoqué plus haut la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. La Convention américaine relative aux droits de l'homme⁴² ainsi que la Convention interaméricaine pour la prévention et la répression de la torture⁴³ s'orientent dans

³⁵ En effet, le Statut définit la torture comme « le fait d'infliger intentionnellement une douleur ou des souffrances aiguës, physiques ou mentales, à une personne se trouvant sous sa garde ou sous son contrôle ; l'acceptation de ce terme ne s'étend pas à la douleur ou aux souffrances résultant uniquement de sanctions légales, inhérentes à ces sanctions ou occasionnées par elle. » Article 7.2. du Statut de Rome la Cour pénale internationale, adopté à Rome le 17 juillet 1998, approuvé par la loi du 25 mai 2000, *M.B.*, 1^e décembre 2000.

³⁶ Tribunal Pénal International sur l'ex-Yougoslavie.

³⁷ Tribunal International sur le Rwanda.

³⁸ Article 5 du Statut actualisé du tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, adopté à New York le 25 mai 1993 par la Résolution 827 du Conseil de Sécurité des Nations Unies ; Article 4 du Statut du tribunal pénal international pour le Rwanda, adopté à New-York le 8 novembre 1994 par la Résolution 955 du Conseil de Sécurité des Nations Unies.

³⁹ Article 3 de la Convention (III) de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre, adoptée à Genève le 12 août 1949, approuvée par la loi du 3 septembre 1952, *M.B.*, 26 septembre 1952.

⁴⁰ Article 5 de la Déclaration universelle des droits de l'homme, adoptée à Paris le 10 décembre 1948.

⁴¹ Article 1er de la Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, adoptée à New-York le 9 décembre 1975 par la Résolution 3452 de l'Assemblée générale des Nations Unies.

⁴² Article 5 de la Convention américaine relative aux Droits de l'Homme, adoptée à San José le 22 novembre 1969 lors de la Conférence spécialisée interaméricaine sur les Droits de l'Homme.

⁴³ Article 1^{er}. a.3. de la Convention interaméricaine pour la prévention et la répression de la torture, adoptée à Cartagena de Indias le 9 décembre 1985 lors de la 15^e session ordinaire de la Commission interaméricaine des Droits de l'Homme.

la même direction, condamnant tant la torture que les traitements inhumains ou dégradants. Enfin, les pays africains ont également édicté cette interdiction dans l'article 5 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples⁴⁴, suivis en 2004 par les pays arabes⁴⁵.

De ces différentes définitions, il ressort que la torture est un crime reconnu par la plupart des communautés internationales et régionales. Si la Convention contre la Torture a le champ d'application le plus étendu, la plupart des autres instruments sont plus restreints. En effet, La Convention relative aux droits de l'enfant ainsi que la Convention de Genève sont limitées par les circonstances mêmes du crime, à savoir respectivement le fait que la victime soit un enfant et le fait que le crime soit commis lors d'un conflit armé. Les Statuts des tribunaux spéciaux quant à eux ne sont d'application que dans un conflit précis. Il s'ensuit que l'application de la prohibition de la torture peut varier en fonction de l'instrument applicable. En effet, toutes les définitions ne sont pas identiques ; la Convention contre la Torture ainsi que la CEDH, le PIDCP, la Convention américaine relative aux droits de l'homme et la Charte africaine considèrent que ne pas être victimes d'actes de torture est un droit garanti par l'Etat tandis que les Statuts des TPIY et TPIR considèrent que cette responsabilité incombe directement à des individus⁴⁶.

Il nous faut noter que les différentes optiques adoptées par les conventions n'empêchent aucunement les différents organes de s'inspirer les uns des autres, tant en ce qui concerne la définition de la notion de torture qu'en ce qui concerne son champ d'application.

Si la Convention contre la Torture définit clairement ce qu'elle entend par le terme de torture, tel n'est pas le cas pour la plupart des instruments internationaux. La notion est alors précisée par la jurisprudence propre aux juridictions internationales, jurisprudence qui permet de comparer les différences et les similitudes d'application que feront les cours et tribunaux face à l'interdiction de la torture. C'est ce que nous allons étudier à présent.

2. Jurisprudence

⁴⁴ Article 5 de la Charte africaine des Droits de l'Homme et des Peuples, adoptée à Nairobi le 27 juin 1981 lors de la 18^e Conférence de l'Organisation de l'Unité Africaine.

⁴⁵ Article 8 de la Charte arabe des Droits de l'Homme adoptée à Tunis en mai 2004 lors du 16^e sommet de la ligue des Etats arabes (modernisation de la Charte arabe des Droits de l'homme de 1994 qui n'était jamais entrée en vigueur).

⁴⁶ X., *La Torture en Droit International – Guide de jurisprudence*, op. cit., p. 162.

Comme nous venons de l'aborder ci-dessus, l'interdiction de la torture est contenue dans un grand nombre d'instruments internationaux et régionaux. Cette omniprésence s'explique par l'importance accordée par la communauté internationale à cette prohibition. Cependant, nous devons noter une différence d'approche parmi toutes ces sources, en ce qui concerne les règles régissant l'attribution du comportement condamnable, comme nous l'avons expliqué ci-dessus. Nous devons donc à présent nous pencher sur la jurisprudence internationale afin de déterminer quels sont les actes qualifiés de torture par les juridictions et quels sont ceux qui échappent à cette définition.

i. Juridictions internationales

Sous les Statuts du TPIR et du TPIY, la torture est à la fois considérée comme un crime contre l'humanité et un crime de guerre. L'acte de torture en tant que crime de guerre requiert l'existence d'un conflit armé tandis que la torture commise en tant que crime contre l'humanité concerne les actes qui auraient été commis durant « une attaque généralisée et systématique » conformément au Statut du TPIR⁴⁷. Si les Statuts des tribunaux spéciaux n'ont pas défini la notion de torture, la jurisprudence met en évidence les quatre éléments de ce crime que nous distinguerons ci-dessous, à savoir le critère du but recherché, les souffrances infligées, le critère de l'intentionnalité et enfin, le caractère officiel des actes commis (Section IV). Tant le Statut du TPIR que celui du TPIY distinguent les actes de torture d'autres mauvais traitements, fondant cette distinction sur le critère du but de l'acte ainsi que sur la gravité du comportement comme nous l'avons évoqué ci-dessus (Section II). Dans l'arrêt *Le Procureur c. Akayesu*, le TPIR adopte la définition de la Convention contre la Torture notamment en ce qui concerne les buts dont l'article premier fait état⁴⁸. Il considère cependant que cette liste de buts ne peut être considérée comme exhaustive. Il déclare en effet, assimilant un viol à un acte de torture : « A l'instar de la torture, le viol est utilisé à des fins d'intimidation, de dégradation, d'humiliation, de discrimination, de sanction, de contrôle ou de destruction d'une personne », élargissant donc

⁴⁷ La notion de torture en tant que crime contre l'humanité diffère selon le TPIY qui considère simplement que ces crimes doivent également être commis durant un conflit armé. L'interprétation du TPIR est cependant plus largement reconnue. Notons que ces restrictions n'en sont pas vraiment étant donné que les tribunaux spéciaux n'ont été compétents que pour des crimes commis durant un conflit armé, ce qui a été précisé dans l'affaire *le Procureur c. Tadic* en ces termes : « la condition de l'existence d'un conflit armé est un 'élément constitutif de la compétence et non de l'intention requise pour les crimes contre l'humanité ». X., *La Torture en Droit International – Guide de jurisprudence*, *ibidem*, p. 162.

⁴⁸ T.P.I.R. (ONU), Ch de première instance, 2 septembre 1998, *Le Procureur c. Jean-Paul Akayesu*, § 593, <http://www.unict.org/sites/unict.org/files/case-documents/ict-96-4/trial-judgements/en/980902.pdf>

les buts énumérés par la Convention⁴⁹. Le TPIY, pour sa part, consacre le critère du but comme l'élément principal afin d'établir quels actes doivent être qualifiés de torture. Le tribunal déclare en effet : « La torture, en tant que crime, n'est pas un acte de violence gratuit ; elle vise, en infligeant des souffrances aiguës, physiques ou mentales, à atteindre un certain résultat ou objectif. Par conséquent, des souffrances, même très aiguës, infligées en l'absence de pareil but ou objectif, ne pourraient être qualifiées de tortures aux termes des articles 3 et 5 du Statut du Tribunal »⁵⁰. Le Statut de Rome étant fort similaire aux Statuts des deux tribunaux spéciaux, il est probable que la Cour pénale internationale s'inspirera des décisions de ceux-ci⁵¹. Notons enfin que la Cour internationale de Justice se base sur la Convention contre la torture et n'a, à ce jour, pas précisé la définition donnée par la Convention.

ii. Tribunaux régionaux

La Cour européenne des droits de l'homme adresse les distinctions établies entre les différents actes principalement dans son affaire *Irlande c. Royaume-Uni* qui permet, comme expliqué ci-dessus, d'établir la différence entre la torture et des traitements moins graves mais toujours punissables⁵². Notons que si le critère de distinction de la gravité de l'acte est alors consacré afin de déterminer si un tel comportement constitue effectivement un acte de torture, cette interprétation représente cependant un revirement par rapport à la décision de la Commission européenne nommée *l'Affaire grecque* qui reconnaît le but de la torture comme caractéristique principale d'un acte de torture. En effet, selon la Commission, la torture doit être marquée d'une « infamie spéciale » pour la différencier des traitements inhumains ou dégradants. La Cour incorpore ces deux notions dans l'arrêt *Aydin c. Turquie* du 25 septembre 1997 dans sa définition : « Pour déterminer s'il y a lieu de qualifier de torture une forme particulière de mauvais traitement, il faut tenir compte de la distinction que comporte l'article 3 entre cette notion et celle de traitements inhumains ou dégradants. Il apparaît que cette distinction a été incluse dans la Convention pour marquer de l'infamie spéciale de la « torture » les seuls traitements inhumains délibérés provoquant de fort graves et cruelles souffrances »⁵³. La Cour et la Commission reconnaissent également la possibilité d'imposer des sanctions légitimes.

⁴⁹ T.P.I.R. (ONU), Ch de première instance, 2 septembre 1998, *Le Procureur c. Jean-Paul Akayesu*, *op. cit.*, § 596.

⁵⁰ T.P.I.Y. (ONU), Ch. de première instance, 15 mars 2002, *Le procureur c. Milorad Krnojelac*, § 180, <http://www.icty.org/x/cases/krnjelac/tjug/en/krn-tj020315e.pdf>.

⁵¹ X., *La Torture en Droit International – Guide de jurisprudence*, *op. cit.*, p. 194.

⁵² Cour eur. D.H., arrêt *Irlande c. Royaume-Uni*, 18 janvier 1978, *op. cit.*, § 167.

⁵³ Cour eur. D.H., arrêt *Aydin c. Turquie*, 25 septembre 1997, § 82, http://www.obspol.be/docs/jurisp/CEDH_1997-09-25_Aydin-c-Turquie_FR.pdf.

Ceci sera abordé dans la partie qui concerne le caractère absolu de la prohibition de la torture. En ce qui concerne la Cour interaméricaine des droits de l'homme, elle se base sur la définition de la torture présente dans la Convention interaméricaine pour la prévention et la répression de la torture. Cette définition requiert, comme la définition fournie par la Convention contre la Torture, un élément intentionnel dans l'infliction des tortures et l'élément du but recherché. Il n'y a cependant aucune graduation de la gravité de la douleur infligée⁵⁴. Dans son arrêt *Velasquez-Rodriguez c. Honduras* du 20 janvier 1989, la Cour définit précisément quels sont les actes qui, selon elle, engagent la responsabilité de l'Etat⁵⁵. L'intentionnalité est donc entendue de manière extrêmement large par la Cour. L'approche de la Cour en ce qui concerne le but de l'acte commis est également large⁵⁶. En effet, dans l'affaire *Frères Gomez-Paquiyaury c. Pérou*, la Cour déclare « Likewise, the components of the concept of torture set forth in Article 2 of the Inter-American Convention against Torture include when physical or mental suffering is inflicted on an individual, for whatever purpose »⁵⁷. Elle va jusqu'à considérer que la menace de mauvais traitement est susceptible de remplir ce critère et, par conséquent, constitue un comportement pouvant être qualifié de torture⁵⁸.

Section IV – Éléments constitutifs du crime de torture

En fonction des différentes définitions développées en droit international, les éléments constitutifs du crime de torture pourront varier. Nous recenserons et expliciterons ici ceux qui sont le plus largement reconnus comme nécessaires pour qu'un acte puisse être qualifié de torture. Nous aborderons tout d'abord le but qui est recherché lors de l'accomplissement d'actes de torture pour nous intéresser ensuite aux douleurs à proprement parler ainsi qu'au caractère

⁵⁴ Article 2(1) de la Convention interaméricaine pour la prévention et la répression de la torture, *op. cit.*

⁵⁵ « Thus, in principle, any violation of rights recognized by the Convention carried out by an act of public authority or by persons who use their position of authority is imputable to the State. However, this does not define all the circumstances in which a State is obligated to prevent, investigate and punish human rights violations, nor all the cases in which the State might be found responsible for an infringement of those rights. An illegal act which violates human rights and which is initially not directly imputable to a State (for example, because it is the act of a private person or because the person responsible has not been identified) can lead to international responsibility of the State, not because of the act itself, but because of the lack of due diligence to prevent the violation or to respond to it as required by the Convention. » Inter-Am. Ct. H.R., affaire *Velasquez-Rodriguez c. Honduras*, 29 juillet 1988, § 172, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_ing.pdf.

⁵⁶ X., *La Torture en Droit International – Guide de jurisprudence*, *op. cit.*, p. 109

⁵⁷ Inter-Am. Ct. H.R., affaire *Gomez-Paquiyaury Brothers c. Pérou*, 8 juillet 2004, § 116, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_110_ing.pdf.

⁵⁸ « It has also been proven in the sub judice case that the alleged victim was threatened and suffered harassment during the period when he was detained, and this made him feel panic and fear for his life. All this is a form of torture, under the terms set forth in Article 5(2) of the American Convention. » Inter-Am. Ct. H.R., affaire *Tibi c. Equateur*, 7 septembre 2004, § 149, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_ing.pdf.

intentionnel du comportement. Enfin, nous analyserons l'exigence d'actes commis à titre officiel.

1. Critère du but recherché

Le critère du but du comportement est consacré dans la Convention contre la Torture comme un élément constitutif du crime de torture⁵⁹. Ce critère n'est cependant pas unanimement reconnu⁶⁰. La Convention elle-même énumère une liste de quatre buts ; à savoir, obtenir d'une personne des renseignements ou aveux, punir une personne d'un acte qu'elle ou quelqu'un d'autre est soupçonné d'avoir fait, intimider ou faire pression ou enfin, toute autre raison basée sur une discrimination quelconque⁶¹. Cependant, le texte lui-même précise que cette liste n'est pas exhaustive. Ainsi, pour répondre à la définition de torture, un acte ne doit pas nécessairement avoir comme objectif un des quatre buts évoqués ci-dessus. Etant donné les possibilités infinies de buts, certaines questions se posent donc quant à l'utilité de cet élément en pratique. L. Doswald-Beck considère que, loin de tenter de délimiter la matière, cet élément vient plutôt renforcer le caractère intentionnel des actes de torture que nous aborderons ci-dessous⁶². Cependant, cette nécessité d'un but afin de constituer un comportement qualifiable de torture en droit international permet à tout le moins de distinguer le phénomène de torture de celui du sadisme isolé⁶³.

⁵⁹ Article 1 de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, *op. cit.*

⁶⁰ En effet, la Cour EDH, par exemple, ne considère pas que l'élément du but est nécessaire afin de qualifier un comportement d'acte de torture. Cependant, elle a, à plusieurs reprises, considéré que certains objectifs pouvaient constituer un appui afin de déterminer si le comportement doit être qualifié de torture ou de traitements inhumains. Dans son affaire *Aktas c. Turquie* de 2003, la Cour déclare : « In determining whether a particular form of ill-treatment should be qualified as torture, consideration must be given to the distinction, embodied in Article 3, between this notion and that of inhuman or degrading treatment(...) In addition to the severity of the treatment, there is a purposive element, as recognised in the United Nations Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, which came into force on 26 June 1987, which defines torture in terms of the intentional infliction of severe pain or suffering with the aim, *inter alia*, of obtaining information, inflicting punishment or intimidating ». Cour eur. D.H., affaire *Aktas c. Turquie*, 24 avril 2003 (rectifiée le 23 octobre 2003), § 313, [http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-61055#{\"itemid\":\[\"001-61055\"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-61055#{\); D. KRETZMER, *op. cit.*, point 12.

⁶¹ Article 1 de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, *op. cit.*

⁶² L. DOSWALD-BECK, *Human Rights in Times of Conflict and Terrorism*, Oxford University Press, 2011, p. 200.

⁶³ Ce qui sera alors du ressort des juridictions nationales. A. CASSESE et P. GAETA, *Cassese's International Criminal Law*, 3^e ed. Oxford University Press, 2013, p. 133.

2. Douleurs ou souffrances sévères⁶⁴

L'élément des douleurs et souffrances nécessaires est sans aucun doute l'élément phare de la définition en ce que cette exigence est présente dans tous les instruments internationaux que nous avons recensés ci-dessus⁶⁵. Comme expliqué lors de la distinction faite entre torture et mauvais traitements, la sévérité des souffrances infligées est essentielle dans la qualification d'un crime de torture. C'est ce que confirme la Déclaration de l'Assemblée générale des Nations Unies sur la torture en affirmant que « la torture constitue une forme aggravée et délibérée de peines ou de traitements cruels, inhumains ou dégradants »⁶⁶. Il semblerait donc que le critère de sévérité fait l'unanimité et qu'il est, par conséquent, l'objet de moins de discussion en droit international. Malheureusement, rien n'est moins sûr.

Si la grande majorité des instruments internationaux reconnaissent effectivement une importance à la brutalité des souffrances ou douleurs, il nous faut cependant nous intéresser à la notion de sévérité elle-même afin de préciser ce qu'elle implique. Ce seuil de souffrance n'a pu être définitivement établi et doit donc être évalué *in concreto*⁶⁷ ce qui semble évident étant donné que chaque être humain ressent la douleur de manière différente. Les juridictions doivent donc évaluer les souffrances au cas par cas en se concentrant sur le point de vue de la victime⁶⁸. Dans cet exercice, il est crucial que les différents cours et tribunaux évaluent la situation dans sa globalité. Le Cour européenne des droits de l'homme a d'ailleurs relevé l'existence de certains critères à examiner pour définir où se trouve le seuil des douleurs sévères⁶⁹. Ainsi, la Cour a relevé que ce seuil devait être déterminé en fonction de nombreux critères, notamment de la durée des traitements, des caractéristiques propres à la victime, à savoir, son âge, son sexe ou son état de santé mais aussi les effets que ces violences ont pu avoir sur la victime ou même

⁶⁴ L'utilisation du terme « ou » semble indiquer que ces termes ne seraient pas synonymes dans le langage légal. Une telle distinction est fort difficile à faire. S. DEWULF relève cependant que « the notion of pain could be restricted to agony that is somewhat limited in time, whereas suffering would refer to discomfort which persists over a longer period ». Dans notre analyse, nous utiliserons cependant ces deux mots sans nous attarder sur cette différence mineure. S. DEWULF, *The Signature of Evil. (Re)Defining Torture in International Law*, Cambridge, Intersentia, 2011, p. 105.

⁶⁵ Voir Section 3.

⁶⁶ Article 1er de la Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, *op. cit.*

⁶⁷ T.P.I.Y. (ONU), Ch. d'appel, 12 juin 2002, *Le Procureur c. Dragoljub Kunarac et al.*, § 153, <http://www.icty.org/x/cases/kunarac/acjug/fr/kun-aj020612f.pdf>.

⁶⁸ S. DEWULF, *op. cit.*, p. 145.

⁶⁹ Dans son arrêt *Dikme*, la Cour précise que « le critère que représente le qualificatif « aiguës », figurant à l'article susmentionné [article 1^{er} de la Convention des Nations Unies], est relatif par essence, tout comme le « minimum de gravité » requis pour l'application de l'article 3 ». Cour eur. D.H., arrêt *Dikme c. Turquie*, 11 juillet 2000, § 94, [http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-63310#{\"itemid\":\[\"001-63310\"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-63310#{\).

le but qui les sous-tendait⁷⁰. Enfin, la Cour établit également la distinction de l'échelle des douleurs et souffrances en précisant ce qu'elle entend par torture, traitement inhumain et traitement dégradant⁷¹. Le TPIY a largement suivi les enseignements de la Cour européenne qu'il a cependant continué à développer. Dans une affaire de 2005, le Tribunal déclare que « this Chamber concurs with the finding of the *Čelebići* trial chamber, made specifically in the context of rape, that in certain circumstances the suffering can be exacerbated by social and cultural conditions and it should take into account the specific social, cultural and religious background of the victims when assessing the severity of the alleged conduct. »⁷².

Nous devons cependant préciser que l'usage de la force n'est pas automatiquement considéré comme un crime en droit international. En effet, la Convention contre la Torture reconnaît que certaines souffrances peuvent résulter de sanctions légitimes⁷³. Un exemple régulièrement utilisé est la sanction légale ou encore l'utilisation légitime de la force, tel est le cas lorsqu'un membre des forces de l'ordre doit procéder à une arrestation. L'utilisation de la force dans de tels cas, bien qu'autorisée, est strictement limitée⁷⁴ afin de garantir un équilibre entre l'utilisation de la force nécessaire au maintien de l'ordre et la nécessité de maintenir l'utilisation de la force à un minimum ce qui tend à empêcher que des actes pouvant être qualifiés d'actes de torture soient accomplis.

3. Infligées intentionnellement

Le caractère intentionnel des souffrances infligées est également un élément constitutif de l'infraction en droit international. Le *mens rea* doit donc toujours être présent avant que l'on puisse établir une responsabilité pénale⁷⁵. Une distinction est très souvent établie entre trois catégories phares de *mens rea*. Le premier type est appelé *dolus directus* et implique effectivement une intention ferme de la part de l'auteur de l'acte ainsi qu'une connaissance des

⁷⁰ Cour eur. D.H., arrêt *Dikme c. Turquie*, *ibidem*, § 96.

⁷¹ Cour eur. D.H., arrêt *Soering c. Royaume-Uni*, 7 juillet 1989, § 100, [http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57619#{"itemid":\["001-57619"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57619#{).

⁷² T.P.I.Y. (ONU), Ch. de première instance, 30 novembre 2005, *Le Procureur c. Fatmir Limaj et al.*, § 237, <http://www.icty.org/x/cases/limaj/tjug/en/lim-tj051130-e.pdf>.

⁷³ Article 1 de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, *op. cit.*

⁷⁴ L'Assemblée générale des Nations Unies déclare que « les responsables de l'application des lois peuvent recourir à la force seulement lorsque cela est strictement nécessaire et dans la mesure exigée par l'accomplissement de leurs fonctions ». Code de conduite pour les responsables de l'application des lois, résolution 34/169, adoptée à New York le 17 décembre 1979.

⁷⁵ S. DEWULF, *op. cit.*, p. 215.

conséquences qui s'appliquent à la situation et à l'acte commis. *Dolus indirectus* réfère à une situation dans laquelle un individu « willingly and knowingly acted (or omitted to act), hence causing a number of effects which were foreseen as a (near) certain result by the perpetrator, although he did not necessarily want these consequences »⁷⁶. Enfin, dans les systèmes civils, *dolus eventualis* implique que l'auteur a commis intentionnellement les faits mais ne souhaitait pas les conséquences de son acte, bien qu'il les ait acceptées⁷⁷.

L'intention ou le *dolus* doit être différencié de la négligence en matière de torture⁷⁸. Ainsi, la négligence ne peut jamais être qualifiée de torture étant donné que le caractère intentionnel est un élément constitutif du crime de torture en droit international public. Cette position est présente dans la jurisprudence du TPIY mais également, au niveau régional, dans la jurisprudence de la Cour EDH⁷⁹.

La question se pose cependant toujours quant aux différentes sortes de *dolus* qui permettent de qualifier un acte d'intentionnel. Selon le TPIY, le *mens rea* nécessaire à la qualification de torture serait le *dolus directus*⁸⁰. Cette notion d'intention directe implique que l'auteur de l'acte de torture doit avoir « l'intention d'agir d'une manière qui, dans le cours normal des choses, causerait à ses victimes une douleur ou des souffrances aiguës, physiques ou psychologiques »⁸¹. Cependant, le texte du jugement *Limaj et al.*, bien que ne consacrant explicitement que le *dolus directus*, semble également reconnaître la possibilité d'accepter un *dolus indirectus*, ce qui signifie que l'auteur doit simplement avoir conscience que son acte ou son omission entraînera vraisemblablement des souffrances ou des douleurs aiguës. Et c'est ce que la Cour va finalement consacrer dans son arrêt *Martić* de 2007. La Cour déclare, en ce qui concerne le meurtre, « L'élément moral du meurtre est l'intention de tuer, y compris l'intention indirecte, c'est-à-dire le fait de savoir qu'un acte ou une omission va vraisemblablement

⁷⁶ S. DEWULF, *op. cit.*, p. 216.

⁷⁷ Dans certains ordres juridiques nationaux, une dernière catégorie peut être relevée, à savoir le test « should've known ». Celui-ci impliquerait que l'auteur de l'acte ne connaissait pas le caractère illicite de son acte mais aurait dû le connaître. S. DEWULF, *op. cit.*, p. 216.

⁷⁸ A. CASSESE et P. GAETA, *op. cit.*, p. 133.

⁷⁹ T.P.I.Y. (ONU), Ch. de première instance, 15 mars 2002, *Le procureur c. Milorad Krnojelac*, *op. cit.*, § 179 et 184 ; Cour eur. D.H., arrêt *Salman c. Turquie*, 27 juin 2000, § 114, [http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-63271#{"itemid":\["001-63271"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-63271#{) ; Cour eur. D.H., arrêt *Ilhan c. Turquie*, 27 juin 2000, § 85, [http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-63270#{"itemid":\["001-63270"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-63270#{).

⁸⁰ « As for the *mens rea* required for the crime of torture, the previous jurisprudence of the Tribunal establishes that direct intent is required: the perpetrator must have intended to act in a way which, in the normal course of events, would cause severe pain or suffering, whether physical or mental, to his victims. » T.P.I.Y. (ONU), Ch. de première instance, 30 novembre 2005, *Le Procureur c. Fatmir Limaj et al.*, *op. cit.*, § 238 ; T.P.I.Y. (ONU), Ch. d'appel, 12 juin 2002, *Le Procureur c. Dragoljub Kunarac et al.*, *op. cit.*, § 153.

⁸¹ T.P.I.Y. (ONU), Ch. de première instance, 30 novembre 2005, *Le Procureur c. Fatmir Limaj et al.*, *op. cit.*, § 238.

entraîner la mort de la victime »⁸². Elle déclare par après, concernant la torture, « De plus, il doit être établi que les actes ou omissions étaient motivés par une intention directe ou indirecte »⁸³.

Quant à la détermination de la présence d'une intention certaine, différents indices peuvent être relevés. La Cour EDH a notamment relevé que la préméditation, le fait de préparer l'acte de torture constitue un indicateur de la présence de cette intention⁸⁴. De même, elle observe que les violences prolongées et répétées sont, elles-aussi, indicatrices d'un *dolus directus*⁸⁵. Ces différents éléments ne peuvent cependant qu'orienter la réflexion qui doit essentiellement porter sur la question de la connaissance de l'auteur des douleurs et souffrances qui résulteraient de ses actes⁸⁶.

4. Actes commis à titre officiel

Selon la Convention contre la Torture, les souffrances doivent avoir été infligées « par un agent de la fonction publique ou tout autre personne agissant à titre officiel ou à son instigation ou avec son consentement exprès ou tacite »⁸⁷. Cette nécessité d'une intervention officielle se justifie par le fait que cet acte est punissable en droit international public. Le terme d'« instigation » de la définition de la Convention permet d'élargir l'application de l'interdiction de torture aux cas où les autorités, si elles n'ont pas pris part à proprement parler à l'infliction des souffrances, les ont pourtant tolérées ou même encouragées⁸⁸. L'article 4 insiste également sur cette idée en obligeant les Etats membres à condamner toute participation ou complicité à un acte de torture dans leur ordre juridique national⁸⁹.

⁸² T.P.I.Y. (ONU), Ch. de première instance, 12 juin 2007, *Le Procureur c. Milan Martić*, § 60, <http://www.icty.org/x/cases/martic/tjug/fr/090612f.pdf>.

⁸³ T.P.I.Y. (ONU), Ch. de première instance, 12 juin 2007, *Le Procureur c. Milan Martić*, *ibidem*, § 70.

⁸⁴ « D'après la Cour, ce traitement ne peut avoir été infligé que délibérément ; en effet, sa réalisation exigeait une dose de préparation et d'entraînement. » Cour eur. D.H., arrêt *Aksoy c. Turquie*, 18 décembre 1996, § 64, [http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-62563#{\"itemid\":\[\"001-62563\"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-62563#{\).

⁸⁵ Cour eur. D.H., arrêt *Selmouni c. France*, 28 juillet 1999, § 98 et § 104, [http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-62842#{\"itemid\":\[\"001-62842\"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-62842#{\).

⁸⁶ S. DEWULF, *op. cit.*, p. 218.

⁸⁷ Article 1 de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, *op. cit.*

⁸⁸ M. POLLARD, « Rotten fruit : state solicitation, acceptance, and use of information obtained through torture by another state », *N.Q.H.R.*, Vol. 23/3, 2005, p. 364.

⁸⁹ Article 4 de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, *op. cit.*

Ce besoin de participation des autorités n'est cependant pas nécessairement reconnu dans tous les instruments internationaux et dans toutes les matières de droit international⁹⁰. Ainsi, le Statut de la Cour Pénale Internationale ne requiert pas cet élément afin de qualifier un comportement de torture⁹¹. Le TPIY a également relevé que si, en cas de violation des droits de l'homme, la responsabilité de l'Etat pouvait toujours être mise en cause, il n'en est pas de même en droit international humanitaire. En effet, le Tribunal considère qu'en droit humanitaire, l'Etat ne joue qu'un rôle marginal et que sa participation dans les souffrances et peines infligées n'est donc pas nécessaire pour constituer un crime de torture⁹². Le TPIY, tout comme le TPIR, ont cependant repris la définition de la Convention contre la Torture dans le cas de violations autres que des violations de droit humanitaire⁹³.

Cette exigence de la participation de l'Etat dans la Convention doit cependant être comprise de manière très large, comme nous l'avons déjà évoqué. Tout d'abord, les concepts d'« agent de la fonction publique » et de « personne agissant à titre officiel » ne sont pas définis dans la Convention mais doivent être interprétés de manière large étant donné la *ratio legis* de ces termes. Les termes de « personne agissant à titre officiel » ont été ajoutés afin de pouvoir élargir le champ d'application de la disposition à un maximum de comportements, les pays membres ne trouvant pas de terrain d'entente sur la définition d'« agent de la fonction publique »⁹⁴. De plus, le texte de la Convention inclut les agents de l'Etat qu'ils soient en fonction ou hors fonction, ce qui permet à nouveau d'étendre la définition de la torture aux personnes qui n'agissent pas dans les limites de leurs compétences mais également aux agents qui violeraient la loi nationale⁹⁵.

Nous pouvons, par conséquent, voir apparaître un mouvement qui tend à responsabiliser les acteurs non-étatiques pour les violations des droits de l'homme. En ce qui concerne le droit international public, traditionnellement, les Etats étaient considérés comme étant les seuls et

⁹⁰ D. KRETZMER, *op. cit.*, point 14.

⁹¹ Article 7 du Statut de Rome la Cour pénale internationale, *op. cit.*

⁹² « La responsabilité pénale individuelle pour violation du droit international humanitaire ne dépend pas de la participation de l'Etat et, réciproquement, sa participation à la perpétration du crime n'en excuse pas pour autant l'auteur. De plus, le droit international humanitaire prétend s'appliquer à toutes les parties au conflit armé et les lier toutes expressément, alors que les règles en matière de droits de l'homme s'appliquent généralement à une seule partie, à savoir l'Etat concerné et ses agents. » T.P.I.Y. (ONU), Ch. de première instance, 22 février 2001, *Le Procureur c. Dragoljub Kunarac et al.*, *op. cit.*, §470 ; T.P.I.Y. (ONU), Ch. de première instance, 2 novembre 2001, *Le Procureur c. Miroslav Kvocka et al.*, § 137, <http://www.icty.org/x/cases/kvocka/tjug/en/kvo-tj011002e.pdf>.

⁹³ S. DEWULF, *op. cit.*, p. 364 ; T.P.I.R. (ONU), Ch de première instance, 2 septembre 1998, *Le Procureur c. Jean-Paul Akayesu*, *op. cit.*, § 594.

⁹⁴ S. DEWULF, *op. cit.*, p. 365.

⁹⁵ S. DEWULF, *op. cit.*, p. 369.

uniques sujets de cette matière. Cette vision a cependant été abandonnée pour laisser place à certains acteurs privilégiés telles que les organisations internationales⁹⁶. Au vu de ce que nous avons expliqué ci-dessus, il semble que cette tendance crée une responsabilité des individus en droit international.

Comme le montre notre étude, si certains éléments caractéristiques sont à relever, il apparaît rapidement que la plupart d'entre eux ne font pas l'unanimité et sont mis à mal par la multiplicité de sources en droit international public, ainsi que par les différentes décisions émanant des juridictions internationales.

Section V – Caractéristiques de la règle prohibant la torture

Après notre étude des éléments qui permettent de déterminer l'existence d'un crime de torture, nous aborderons, dans cette section, les différentes caractéristiques propres à la prohibition de la torture. Nous analyserons tout d'abord l'origine coutumière de cette interdiction et tenterons de tracer les limites du concept ambigu qu'est le *jus cogens*. Nous parlerons ensuite de la nature de l'interdiction elle-même qui possède un caractère absolu.

1. Reconnaissance du caractère coutumier de l'interdiction

Ce que l'on considère comme du droit coutumier international émane d'une « pratique générale acceptée comme étant le droit »⁹⁷. Il s'agit donc d'une pratique qui est perçue comme étant bel et bien une règle de droit. Cette conviction est une des deux conditions de la création d'une règle coutumière (*opinio juris*)⁹⁸. La seconde condition est celle de la pratique constante des Etats ; il s'agit dans ce cas d'un élément objectif qui peut s'exprimer de différentes manières⁹⁹. Il est très difficile de pointer exactement le moment où une pratique internationale acquiert le statut de règle de droit international coutumier. Les cours et tribunaux internationaux ont donc un rôle fondamental dans la détermination de la nature de telles normes. Selon certains auteurs,

⁹⁶ J. KLABBERS *op. cit.*, p. 67.

⁹⁷ X., « Questions les plus fréquemment posées sur les aspects du droit international touchant la lutte contre le terrorisme », *UNDOC*, New-York, 2000, p. 10.

⁹⁸ Il s'agit dans ce cas de la condition subjective de la création d'une règle internationale coutumière.

⁹⁹ Par des déclarations officielles, dans des conventions ou traités. Les décisions des juridictions nationales peuvent aussi être prises en compte. X., « Questions les plus fréquemment posées sur les aspects du droit international touchant la lutte contre le terrorisme », *op. cit.*, p. 10 ; C.I.J., *Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, 27 juin 1986, § 73, <http://www.icj-cij.org/docket/files/70/6502.pdf>.

le caractère coutumier de la prohibition de la torture a été tout d'abord reconnu par la Cour internationale de Justice dans *l'affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua*. En effet, sans mentionner la torture, la Cour statue que « L'article 3 commun aux quatre conventions de Genève du 12 août 1949 énonce certaines règles devant être appliquées dans les conflits armés ne présentant pas un caractère international. Il ne fait pas de doute que ces règles constituent aussi, en cas de conflit armés internationaux, un minimum indépendamment de celles, plus élaborées, qui viennent s'y ajouter pour de tels conflits ; il s'agit de règles qui, de l'avis de la Cour correspondent à ce qu'elle a appelé en 1949 des 'considérations élémentaires d'humanité' (...). La Cour peut donc les tenir pour applicables au présent différend sans avoir de ce fait à se prononcer sur le rôle que la réserve américaine relative aux traités multilatéraux pourrait jouer à d'autres égards à propos des conventions en question »¹⁰⁰. Cette reconnaissance n'est cependant pas explicite¹⁰¹. Le TPIY consacrera explicitement le caractère coutumier de l'interdiction de la torture dans l'arrêt *Furundžija*. Le tribunal déclare, en effet, « [t]he Trial Chamber does not need to determine whether the Geneva Conventions and the Additional Protocols passed into customary law in their entirety, as was recently held by the Constitutional Court of Colombia, or whether, as seems more plausible, only the most important provisions of these treaties have acquired the status of general international law. In any case, the proposition is warranted that a general prohibition against torture has evolved in customary international law »¹⁰². La Cour internationale de Justice rejoindra l'avis du tribunal et déclare : « Selon la Cour, l'interdiction de la torture relève du droit international coutumier et elle a acquis le caractère de norme impérative (*jus cogens*) »¹⁰³. Etant donné la jurisprudence des juridictions internationales à ce sujet, il est à présent devenu difficile de contester le caractère coutumier de la prohibition de la torture.

¹⁰⁰ C.I.J., *Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, op. cit., § 218. Notons que l'article 3 des conventions de Genève concerne notamment la torture, la prohibant en ces termes « A cet effet, sont et demeurent prohibés, en tout temps et en tout lieu, à l'égard des personnes mentionnées ci-dessus : a. les atteintes portées à la vie et à l'intégrité corporelle, notamment le meurtre sous toutes formes, les mutilations, les traitements cruels, tortures et supplices (...) ». Article 3.1 des quatre conventions de Genève du 12 août 1949.

¹⁰¹ "The prohibition of torture as an international norm of customary law is also confirmed by the dictum in the *Nicaragua* case, where the ICJ, though not specifically referring to the prohibition of torture, confirmed that the Geneva Conventions represented a development or an expression of fundamental general principles of international law". P. HOBBS, "A new kind of international law following the 9/11 disaster? A critical analysis of U.S. Practice, the use of torture and its effects on the international community", *H.R.&I.L.D.*, 2008, p. 289.

¹⁰² T.P.I.Y. (ONU), Ch. de première instance, 10 décembre 1998, *Le Procureur c. Anto Furundžija*, op. cit., § 137.

¹⁰³ C.I.J., *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, 20 juillet 2012, § 99, <http://www.icj-cij.org/docket/files/144/17064.pdf>.

2. *Jus cogens*

La conception du *jus cogens* émane de la reconnaissance de l'existence d'une hiérarchie des normes de droit international. La Convention de Vienne sur le droit des traités consacre cette supériorité de certaines normes en son article 53¹⁰⁴. Elle définit une norme de *jus cogens*, qu'elle nomme « norme impérative », comme « une norme acceptée et reconnue par la communauté internationale des Etats 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 »¹⁰⁵. C'est pour cette raison que les normes du *jus cogens* sont perçues comme une restriction au principe de base du droit international public qu'est la souveraineté des Etats de se lier et de se délier librement¹⁰⁶. La reconnaissance du caractère impératif de ces normes n'implique pas que chaque Etat doit accepter la norme mais bien qu'un Etat seul ou une petite minorité d'Etats ne peut s'opposer à la majorité soit pour créer des normes de *jus cogens*, soit pour empêcher leur création¹⁰⁷. Un Etat dit « objecteur persistant » ne pourra de même défendre qu'étant donné son opposition constante envers la norme coutumière émergente, il ne peut être lié par celle-ci¹⁰⁸.

L'importance accordée à ces normes émane de l'idée que ces règles cherchent à protéger un certain ordre mondial international¹⁰⁹. Il apparaît alors que le respect de ces normes devrait être bénéfique pour tous les Etats et que ceux-ci devraient tous trouver un intérêt à maintenir cet ordre légal¹¹⁰. Pour cette raison, il est admis que les obligations découlant des règles de *jus cogens* sont des obligations *erga omnes*. Cette conception est confirmée par la Cour internationale de Justice dans l'affaire *Barcelona Traction* de 1970 dans laquelle elle stipule « Une distinction essentielle doit en particulier être établie entre les obligations des Etats envers

¹⁰⁴ E. DE WET, « The Prohibition of torture as an International Norm of *jus cogens* and Its Implications for National and Customary Law », *E.J.I.L.*, Vol. 15, n° 1, 2004, p. 112.

¹⁰⁵ Ainsi, tout traité qui contredirait une norme impérative de droit international public serait nul. Article 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, adoptée à Vienne le 23 mai 1969, approuvée par la loi du 10 juin 1992, *M.B.*, 25 décembre 1993.

¹⁰⁶ Préambule de la Convention de Vienne sur le droit des traités, *op. cit.*

¹⁰⁷ R. NIETVO-NAVIA, « International Peremptory Norms (*Jus Cogens*) and International Humanitarian Law », *Man's inhumanity to man, essays on international Law in honour of Antonio Cassese*, La Haye, Kluwer Law International, 2003, p. 11.

¹⁰⁸ O. BARSALOU, « La doctrine de l'objecteur persistant en droit international public », *Rev. quebecoise de droit int.*, 2006, p. 5, http://rs.sqdi.org/volumes/19.1_barsalou.pdf.

¹⁰⁹ Il ne nous faut cependant pas confondre l'ordre public avec le *jus cogens*. En effet, selon certains auteurs, notamment R. KOLB, le *jus cogens* n'est pas une catégorie de normes de l'ordre public international mais s'apparente plutôt à une technique juridique permettant de rendre ces normes non-dérogeables. Il s'agirait alors, concernant la norme, d'une conséquence de l'appartenance à l'ordre public. Les liens qu'entretiennent ces deux notions ne sont donc pas entiers. En effet, le caractère de non-dérogeabilité du *jus cogens* peut être appliqué à d'autres normes. R. KOLB, « Théorie du ius cogens international », *R.B.D.I.*, 2003/1, p. 16 et 30.

¹¹⁰ R. NIETVO-NAVIA, *ibidem*, p. 14.

la communauté internationale dans son ensemble et celles qui naissent vis-à-vis d'un autre Etat dans le cadre de la protection diplomatique. Par leur nature même, les premières concernent tous les Etats. Vu l'importance des droits en cause, tous les Etats peuvent être considérés comme ayant un intérêt juridique à ce que ces droits soient protégés ; les obligations dont il s'agit sont des obligations *erga omnes* »¹¹¹.

En ce qui concerne le processus de création des normes de *jus cogens*, la Cour internationale de Justice a précisé dans sa jurisprudence que ces restrictions apportées à la liberté des Etats par le *jus cogens* reposent sur des pratiques internationalement reconnues ainsi que sur l'*opinio juris* des sujets principaux du droit international public, les Etats. Elle déclare effectivement dans son arrêt opposant la Belgique au Sénégal « Cette interdiction repose sur une pratique internationale élargie et sur l'*opinio juris* des Etats. Elle figure dans de nombreux instruments internationaux à vocation universelle (notamment la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948; les conventions de Genève pour la protection des victimes de guerre de 1949; le Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966 ; la résolution 3452/30 de l'Assemblée générale sur la protection de toutes les personnes contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, en date du 9 décembre 1975), et elle a été introduite dans le droit interne de la quasi-totalité des Etats; enfin, les actes de torture sont dénoncés régulièrement au sein des instances nationales et internationales »¹¹². Ce besoin d'acceptation des Etats de la communauté internationale contredit une vision antérieure du *jus cogens* qui enracinait ces normes dans le droit naturel¹¹³.

Ainsi, en ce qui concerne la torture, le TPIY a reconnu que ce crime revêtait le caractère de norme de *jus cogens* et a explicitement soutenu que ce caractère entraînait des conséquences au niveau des décisions juridictions domestiques. Outre le fait de reconnaître que cette prohibition impose à tous les Etats le respect d'obligations *erga omnes*, le tribunal reconnaît que « in spite of possible national authorisation by legislative or judicial bodies to violate the principle banning torture, individuals remain bound to comply with that principle. »¹¹⁴ De plus, le même arrêt impose la possibilité pour tout Etat de poursuivre les individus, quels qu'ils soient, présents sur leur territoire¹¹⁵.

¹¹¹ C.I.J., *Affaire de la Barcelona Traction, Light and Power Company Limited (Belgique c. Espagne)*, 5 février 1970, §33, <http://www.icj-cij.org/docket/files/50/5387.pdf>.

¹¹² C.I.J., *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, *op. cit.*, § 99.

¹¹³ D. TLADI, *Annexe au Rapport de la Commission du droit international*, 66^e session – *Jus Cogens*, A/69/10, p. 292, <http://legal.un.org/ilc/reports/2014/english/annex.pdf>; R. KOLB, *op. cit.*, p. 14.

¹¹⁴ T.P.I.Y. (ONU), Ch. de première instance, 10 décembre 1998, *Le Procureur c. Anto Furundžija*, *op. cit.*, § 155.

¹¹⁵ T.P.I.Y. (ONU), Ch. de première instance, 10 décembre 1998, *Le Procureur c. Anto Furundžija*, *op. cit.*, § 156.

3. La portée absolue de la règle

Comme précisé ci-dessus, le concept *jus cogens* entraîne la non-dérogeabilité des normes auxquelles il s'attache. Cependant, au-delà des effets du *jus cogens*, la prohibition de la torture est absolue en ce qu'elle doit être préservée à tout prix. Cela signifie qu'il n'y a normalement pas lieu de chercher une balance des intérêts entre l'interdiction de la torture et d'autres intérêts tels que la sécurité de l'Etat¹¹⁶. Ainsi, l'état d'urgence ou un danger exceptionnel à la sécurité de l'Etat prévue par certains traités ne permet pas de déroger à la prohibition¹¹⁷.

En tant que telle, la prohibition de la torture est une protection plus complète que celle du droit à la vie en ce que, dans certains cas, une balance peut être réalisée entre la vie d'une personne et celle de plusieurs personnes¹¹⁸. La prohibition de la torture ne souffre donc aucune exception, même en cas de circonstances extraordinaires, d'aucune excuse et d'aucune suspension¹¹⁹.

Un des plus grand défis de cette prohibition absolue est la guerre de l'occident contre le terrorisme¹²⁰. En effet, certains pays se sont référés à l'exception de « la bombe à retardement » pour justifier l'utilisation qu'ils font de la torture lors d'interrogatoires de personnes soupçonnées d'actes terroristes. Cette exception se base sur le fait que ces personnes sont soupçonnées d'être en possession de matériel explosif qui menace la sécurité de l'Etat et de ses citoyens. Elle s'appuie donc sur « l'état de nécessité »¹²¹. Cependant, ces tentatives de réduire la protection qu'est la prohibition absolue de la torture sont toujours condamnées par la communauté internationale¹²².

¹¹⁶ S. DEWULF, *op. cit.*, p. 457.

¹¹⁷ Article 4 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, *op. cit.* ; Article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales, *op. cit.*

¹¹⁸ Il s'agit notamment du cas précis où les forces de l'ordre se voient dans l'obligation de tuer (dans les limites légales) un preneur d'otages pour garantir la sécurité de ses victimes. Conseil des droits de l'Homme des Nations Unies, *Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, Addendum: Study on the phenomena of torture, cruel, inhuman or degrading treatment or punishment in the world, including an assessment of conditions of detention*, 5 février 2010, A/HRC/13/39/Add.5, point 41, <http://www.refworld.org/docid/4d8726712.html>.

¹¹⁹ S. DEWULF, *op. cit.*, p. 457.

¹²⁰ « The turning point came with the publication of internal memos which showed how a careful legal construction of the definition of torture has taken the war on terror to a lawless dimension, where the perpetrators can escape criminal liability (either in a domestic or international jurisdiction) and the detainees are kept outside the legal process. » P. HOBBS, *op. cit.*, p. 305; Conseil des droits de l'Homme, *op. cit.*, point 43.

¹²¹ X., « Le terrorisme, la lutte antiterroriste et la torture – Droit international et lutte contre le terrorisme », Londres, *Redress*, juillet 2004, p. 28, http://www.redress.org/downloads/publications/TerrorismReport_fr.pdf.

¹²² D. KRETZMER, *op. cit.*, point 51.

Ce caractère absolu de la prohibition de la torture est confirmé par la Commission des droits de l'homme qui précise à propos de l'article 7 du PIDCP « the text of article 7 allows of no limitation. The Committee also reaffirms that, even in situations of public emergency such as those referred to in article 4 of the Covenant, no derogation from the provision of article 7 is allowed and its provisions must remain in force. The Committee likewise observes that no justification or extenuating circumstances may be invoked to excuse a violation of article 7 for any reasons, including those based on an order from a superior officer or public authority»¹²³.

La Cour européenne des droits de l'homme, elle aussi, reconnaît le caractère absolu de cette interdiction dans son arrêt *Irlande c. Royaume-Uni* en ces termes : « La Convention prohibe en termes absolus la torture et les peines ou traitements inhumains ou dégradants, quels que soient les agissements de la victime. L'article 3 (art. 3) ne prévoit pas de restrictions, en quoi il contraste avec la majorité des clauses normatives de la Convention et des Protocoles no 1 et 4 (P1, P4), et d'après l'article 15 par. 2 (art. 15-2) il ne souffre nulle dérogation même en cas de danger public menaçant la vie de la nation »¹²⁴. Etant donné le caractère absolu de la torture, qu'en est-il alors de ce caractère lorsqu'il est confronté à la notion des immunités ?

Chapitre II – Les immunités des anciens chefs d'Etat dans l'ordre juridique international public

Introduction

Ce chapitre s'intéresse aux immunités. Nous commencerons par définir les différents concepts concernés par notre étude, à savoir la notion de chef d'Etat et la notion d'immunité (Section I). Nous concentrerons alors notre étude sur le sujet plus particulier de l'immunité des chefs d'Etat et des anciens chefs d'Etat (Section II). Nous nous intéresserons enfin à l'affaire de l'ancien président chilien Augusto Pinochet et au rôle que celle-ci a joué dans le développement de la

¹²³ Comité des droits de l'Homme, General comment n° 20 : Article 7 (Prohibition of torture, or other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment), 30 septembre 1992, point 3.

¹²⁴ Cour eur. D.H., arrêt *Irlande c. Royaume-Uni*, 18 janvier 1978, *op. cit.*, § 163.

responsabilité individuelle d'un ancien chef d'Etat dans le cadre d'allégations de torture (Section III).

Section I – Définition des deux notions centrales en droit international public

Afin de préciser l'objet de notre étude, nous commencerons par nous attacher à définir précisément les deux concepts primordiaux, à savoir la notion de chef d'Etat et sa perception en droit international public (1.) ainsi que l'immunité et ses différentes compréhensions (2.)

1. Chef d'Etat

La notion de chef d'Etat est difficilement définissable étant donné la multitude de titres et fonctions pouvant y correspondre. Il n'existe pas de définition générale en droit international permettant de désigner l'ensemble des dirigeants politiques, militaires ou religieux¹²⁵ répondant à l'expression de chef d'Etat¹²⁶. En effet, les fonctions et pouvoirs d'un chef d'Etat varient en fonction des lois et pratiques de chaque pays¹²⁷.

Selon L. Otshudi Okondjo Wonyangondo, le chef d'Etat « est l'organe qui exerce (de droit ou de fait) les plus hautes fonctions au sein d'un Etat. Il représente l'Etat, reçoit et envoie des agents diplomatiques et possède les compétences les plus étendues en matière de relations internationales »¹²⁸.

Sir A. Watts déclare, en ce qui concerne la fonction de représentation d'un chef d'Etat : « Heads of State's position in international law derive from international rights and duties of their States, and not from their own personal entitlement. He personifies the State, representing its persona to the outside world. As a matter of international law a Head of State possesses the *ius repraesentationis omnimodae*, that is the right to represent the State internationally in all

¹²⁵ En ce qui concerne les immunités religieuses, il nous faut cependant noter que l'immunité a été accordée par les Etats-Unis au Pape en sa qualité de chef politique de l'Etat du Vatican et non en tant que chef de l'Eglise catholique. H. FOX et P. WEBB, *The law of state immunity*, 3^e ed., Oxford University Press, 2013, p. 539.

¹²⁶ L. OTSHUDI OKONDJO WONYANGONDO, *L'immunité de juridiction pénale des dirigeants étrangers accusés de crimes contre l'Humanité*, Publibook, 2009, p. 111.

¹²⁷ H. FOX et P. WEBB, *op. cit.*, p. 539.

¹²⁸ L. OTSHUDI OKONDJO WONYANGONDO, *op. cit.*, p. 113.

respects, and the competence to act for it internationally, with all his legally relevant acts being attributable to the State »¹²⁹.

La Cour Internationale de Justice, quant à elle, précise sa compréhension de la fonction : « Conformément au droit international, il ne fait pas de doute que tout chef d'Etat est présumé pouvoir agir au nom de l'Etat dans ses relations internationales »¹³⁰. Elle ajoute dans son arrêt du 3 février 2006 opposant la République Démocratique du Congo au Rwanda : « C'est une règle de droit international bien établie que le chef de l'Etat, le chef de gouvernement et le ministre des affaires étrangères sont réputés représenter l'Etat du seul fait de l'exercice de leurs fonctions, y compris pour l'accomplissement au nom dudit Etat d'actes unilatéraux ayant valeur d'engagement international »¹³¹. La Cour considère que cette règle de droit coutumier est illustrée, en ce qui concerne la conclusion de traités, par l'article 7 de la Convention de Vienne sur le droit des traités qui stipule que « [e]n vertu de leurs fonctions et sans avoir à produire de pleins pouvoirs, sont considérés comme représentant leur Etat: a) les chefs d'Etat, les chefs de gouvernement et les ministres des affaires étrangères, pour tous les actes relatifs à la conclusion d'un traité »¹³².

Cependant, comme nous l'avons expliqué précédemment, c'est en considération du droit et de l'organisation interne de chaque Etat qu'une telle détermination doit être faite¹³³. Un facteur international est néanmoins à prendre en compte : la C.I.J., dans son arrêt du 11 juillet 1996 précité, précise que, malgré le fait que la nomination de A. IZETBEGOVIC ait été faite en violation des normes de droit interne, il y a lieu de le considérer comme le chef d'Etat de la Bosnie-Herzégovine étant donné que cette qualité lui fut reconnue internationalement. La C.I.J. statue en effet que « M. Izetbegovic avait été reconnu, en particulier par l'Organisation des Nations Unies, comme étant le chef d'Etat de la Bosnie-Herzégovine. De surcroît, la qualité de chef d'Etat a continué de lui être reconnue dans de nombreuses enceintes internationales par la

¹²⁹ A. WATTS, « Heads of State », *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford Public International Law, Oxford University Press, October 2010, point 5.

¹³⁰ C.I.J., *Affaire relative à l'application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide – Exceptions préliminaires (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie)*, 11 juillet 1996, § 44, <http://www.icj-cij.org/docket/files/91/7349.pdf>.

¹³¹ C.I.J., *Affaire des activités armées sur le territoire du Congo – Compétence de la cour et recevabilité de la requête (République Démocratique du Congo c. Rwanda)*, 3 février 2006, § 46, <http://www.icj-cij.org/docket/files/126/10435.pdf>.

¹³² C.I.J., *Affaire des activités armées sur le territoire du Congo – Compétence de la cour et recevabilité de la requête (République Démocratique du Congo c. Rwanda)*, 3 février 2006, *op. cit.*, § 46 ; Article 7. 2. de la Convention de Vienne sur le droit des traités, *op. cit.*

¹³³ Précisons cependant que ce principe de détermination interne ne confère pas à l'Etat le pouvoir de définir le statut qui reviendra, sur la scène juridique internationale, à la personne bénéficiant de cette qualité. Cela relève, en effet, du droit international. L. OTSHUDI OKONDJO WONYANGONDO, *op. cit.*, p. 113.

suite et plusieurs accords internationaux – parmi lesquels les accords de Dayton-Paris – portent sa signature »¹³⁴. La Cour semble d'ailleurs favoriser le critère international, étant donné qu'elle déclare dans le même arrêt : « La Cour n'a pas, pour se prononcer sur cette exception¹³⁵, à examiner les dispositions de droit interne qui ont été invoquées à l'appui ou à l'encontre de ladite exception au cours de la procédure »¹³⁶.

Rappelons que nous nous intéresserons uniquement à l'immunité des anciens chefs d'Etat et non des chefs d'Etat toujours en fonction étant donné que, comme il sera expliqué ci-dessous, les chefs d'Etat en fonction sont couverts par l'immunité étatique (voir point 2. iii.)

2. Immunité

Si définir la torture n'est pas une tâche aisée, la matière des immunités est, elle aussi, extrêmement complexe. Nous nous attarderons brièvement ci-dessous aux différentes compréhensions que peut donc cacher le terme d'immunité (i.) avant de préciser exactement ce qui constituera l'objet de notre étude en ce qui concerne les anciens chefs d'Etat face à des allégations de torture (ii et iii).

i. Définition

Le dictionnaire Larousse définit l'immunité en ces termes simples : « droit de bénéficier d'une dérogation à la loi commune ; privilège »¹³⁷. Cette définition ne reprend cependant pas les nombreux éléments qui constituent les immunités en droit international.

Une définition générique juridique de l'immunité peut être trouvée dans le dictionnaire de droit international public qui stipule que l'immunité est une « exception faisant échapper les personnes, les engins ou les biens qui en bénéficient (Etats, chefs d'Etat, agents diplomatiques, fonctionnaires consulaires, organisations internationales et leurs agents, forces militaires

¹³⁴ C.I.J., *Affaire relative à l'application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide – Exceptions préliminaires (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie)*, op. cit., § 44.

¹³⁵ L'exception discutée par la Cour en son § 44 consiste en l'argument de l'irrecevabilité de la requête fondé sur le fait que A. Izetbegovic n'était pas président de la République mais président de la présidence lorsqu'il autorisa l'introduction de l'affaire devant la Cour de Justice.

¹³⁶ C.I.J., *Affaire relative à l'application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide – Exceptions préliminaires (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie)*, op. cit., § 44.

¹³⁷ X., « Définition : immunité », Le Larousse, <http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/immunit%C3%A9/41753>.

étrangères, navires et aéronefs d'Etat, et jadis les étrangers en pays de capitulation) à des procédures ou à des obligations relevant du droit commun.

(...)

Dans le cadre du droit international général, pour certaines infractions internationales graves, l'accusé ne peut invoquer sa qualité officielle afin de bénéficier d'une immunité, même s'il prétend avoir agi dans le cadre de ses fonctions. Dans ce contexte, il est d'emblée exclu que les qualités de chef d'Etat ou de chef de gouvernement soient considérées comme des causes d'exonération.»¹³⁸

Avant de revenir à la dernière partie de cette très vague définition, il nous faut préciser l'étendue de notre étude et, pour ce faire, distinguer les différentes sortes d'immunités qu'il est possible de rencontrer en droit international.

ii. Immunité de juridiction ou immunité d'exécution

La toute première distinction à établir est celle qui existe entre les immunités de juridiction et les immunités d'exécution. Ces dernières permettent à leur « bénéficiaire d'échapper à toute contrainte administrative ou juridictionnelle résultant de l'application d'un jugement »¹³⁹. L'immunité de juridiction, quant à elle, permet à son bénéficiaire d'échapper aux actions émanant des juridictions nationales d'Etats tiers¹⁴⁰. Cette distinction cardinale des immunités traverse la matière des immunités et est donc valable tant en ce qui concerne l'immunité des agents diplomatiques que celle des Etats, des organisations internationales et des chefs d'Etats. Précisons dès à présent qu'en ce qui concerne les chefs d'Etat, nous nous intéresserons uniquement aux immunités de juridiction, à l'exclusion des immunités d'exécution. En effet, étant donné que nous nous intéressons dans notre étude à la possibilité pour un Etat étranger de poursuivre un chef d'Etat pour des actes de torture, cela relève des immunités de juridiction.

Notons que l'origine des règles concernant les immunités est à découvrir dans le droit international coutumier et que cette matière a énormément évolué à travers les siècles. Certaines

¹³⁸ X., *Dictionnaire de droit international public*, sous la direction de J. SALMON, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 559. L'immunité a également été définie comme une manière « to denote exemption from legal process ». Parry & Grant *Encyclopaedic Dictionary of International Law*, v° immunity/ies, 3^e ed., New York, Oxford University Press, 2009, p. 274.

¹³⁹ L. MILANO, « Les immunités issues du droit international dans la jurisprudence européenne », *Rev. trim. dr. h.*, n° 76, 2008, p. 1059.

¹⁴⁰ X., *Dictionnaire de droit international public*, op. cit., p. 559.

codifications, soit nationales soit internationales ont cependant vu le jour ces dernières décennies. Nous aborderons les différentes normes en vigueur actuellement ci-dessous.

iii. Les bénéficiaires de l'immunité en droit international

Tout d'abord, les bénéficiaires des immunités de juridiction sont à différencier. Les immunités peuvent concerner différents sujets de droit international. Si l'immunité des agents diplomatiques et des organisations internationales ne nous retiendra pas longtemps, nous nous attarderons cependant plus longuement sur le régime qui est réservé à l'immunité des Etats étant donné que l'immunité des chefs d'Etat en est largement inspirée.

a. Immunité des agents diplomatiques

L'immunité de juridiction permet aux agents diplomatiques¹⁴¹ de ne pas tomber sous la juridiction de l'Etat accréditaire¹⁴². La raison d'être de cette exception trouve son fondement dans l'idée que les agents diplomatiques doivent être libres de représenter leur Etat au mieux de leur capacité sans être sujets à la crainte de se voir poursuivre sur le territoire de l'Etat accréditaire¹⁴³. L'immunité diplomatique est consacrée sur la scène internationale par la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques¹⁴⁴. Cette Convention a été ratifiée par 190 Etats en 2015¹⁴⁵ ce qui en fait l'une des conventions les plus ratifiées de l'ordre juridique international à ce jour¹⁴⁶. Si les agents diplomatiques sont protégés par une immunité absolue

¹⁴¹ Nous ne parlerons dans notre étude que des agents diplomatiques à proprement parler mais notons cependant que la Convention de Vienne établit quatre différentes catégories de personnel diplomatique correspondant à quatre différents niveaux d'immunité. M. S. ROSS, « Rethinking diplomatic immunity: A review of remedial approaches to address the abuses of diplomatic privileges and immunities », *American University International Law Review*, Vol. 4, n°1, p. 181.

¹⁴² X., *Dictionnaire de droit international public*, op. cit., p. 560. Les raisons d'être de l'immunité des agents diplomatiques émanent de l'idée qu'afin de représenter leur pays efficacement, ces agents doivent être protégés contre les arrêts intempestifs. J. KLABBERS op. cit., p. 103.

¹⁴³ M. S. ROSS, op. cit., p.179.

¹⁴⁴ L'article 31 de la Convention stipule : « 1. L'agent diplomatique jouit de l'immunité de la juridiction pénale de l'Etat accréditaire. Il jouit également de l'immunité de sa juridiction civile et administrative sauf s'il s'agit : a. d'une action réelle concernant un immeuble privé situé sur le territoire de l'Etat accréditaire, à moins que l'agent diplomatique ne le possède pour le compte de l'Etat accréditant aux fins de la mission ; b. d'une action concernant une succession, dans laquelle l'agent diplomatique figure comme exécuteur testamentaire, administrateur, héritier ou légataire, à titre privé et non pas au nom de l'Etat accréditant ; c. d'une action concernant une activité professionnelle ou commerciale, quelle qu'elle soit, exercée par l'agent diplomatique dans l'Etat accréditaire en dehors de ses fonctions officielles (...). » Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, signée à Vienne le 23 octobre 1961, approuvée par la loi du 30 mars 1968, *M.B.*, le 6 juin 1968.

¹⁴⁵ X., *Nation Unies – Collection des Traités*, https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=III-3&chapter=3&lang=fr.

¹⁴⁶ J. KLABBERS op. cit., p. 103.

en ce qui concerne les poursuites pénales, l'immunité civile diplomatique connaît quant à elle plusieurs exceptions contenue dans l'article 31 de la Convention. La Convention limite également dans le temps l'immunité diplomatique en son article 39¹⁴⁷. En ce qui concerne l'immunité d'exécution des agents diplomatiques, elle est consacrée à l'article 31.3 de la Convention. Il est enfin important de noter que l'immunité diplomatique n'a visiblement pas encore été affectée par les crimes de droit international¹⁴⁸, contrairement à l'immunité des anciens chefs d'Etat, ce que nous analyserons ci-dessous¹⁴⁹.

b. Immunité des organisations internationales

En ce qui concerne les organisations internationales, leur immunité est considérée comme absolue en ce qu'elle « est effective quelles que soit la nature ou la finalité de l'acte en cause »¹⁵⁰. Une organisation peut cependant renoncer expressément à son immunité soit dans son acte constitutif soit ponctuellement, à l'occasion d'un litige¹⁵¹. Le courant majoritaire de la doctrine considère cependant que l'immunité de telles organisations ne peut être enracinée dans le droit coutumier international, contrairement aux différentes autres immunités que nous abordons. Un traité est par conséquent nécessaire afin de consacrer l'immunité de certaines organisations¹⁵².

¹⁴⁷ En effet, cette immunité débute, selon le prescrit de l'article 39, dès que le bénéficiaire « pénètre sur le territoire de l'Etat accréditaire pour gagner son poste ou, si [il] se trouve déjà sur ce territoire dès que sa nomination a été notifiée au Ministère des Affaires étrangères ou à tel autre ministère dont il aura été convenu » et cesse lorsqu'il quitte le pays accréditaire ou à la fin du délai prévu à ces fins.

¹⁴⁸ R. VAN ALEBEEK, « Immunity, Diplomatic », *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford Public International Law, Oxford University Press, Mai 2009, point 38.

¹⁴⁹ Notons cependant que si l'immunité de l'agent lui permet d'échapper à la juridiction du pays accréditaire, l'article 31.4 de la Convention de Vienne précise que l'Etat accréditant, quant à lui, continue à exercer juridiction sur son agent. Comme nous l'avons expliqué ci-dessus, l'immunité diplomatique est une exception procédurale et par conséquent n'annule pas la responsabilité de l'agent. A. BELLAL, *Immunités et violations graves des droits humains : vers une évolution structurelle de l'ordre juridique international ?*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 149.

¹⁵⁰ L. MILANO, *op. cit.*, p. 1065.

¹⁵¹ L. MILANO, *op. cit.*, p. 1065.

¹⁵² La Cour de cassation belge, dans un arrêt de 2001, déclare effectivement : « Attendu qu'il n'existe pas de principe général du droit international public, au sens de l'article 38, 1, c, du Statut de la Cour internationale de justice signée à San Francisco le 26 juin 1945 et approuvée par la loi du 14 décembre 1945, qui consacre l'immunité de juridiction des organisations internationales à l'égard des Etats qui les ont créées ou reconnues ». Cass., 12 mars 2001, S.99.0103.F/1, http://jure.juridat.just.fgov.be/pdfapp/download_blob?idpdf=F-20010312-8. Ainsi, l'immunité des organes de l'Organisation des Nations Unies est, par exemple, consacrée dans la Convention sur les privilèges et immunités des institutions spécialisées. Convention sur les privilèges et immunités des institutions spécialisées, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 21 novembre 1947, entrée en vigueur le 7 février 1949.

c. Immunité des Etats

L'immunité des Etats touche de beaucoup plus près notre sujet étant donné que l'immunité des chefs d'Etat émane directement de celle des Etats. Elle permet aux Etats d'échapper à la juridiction des tribunaux étrangers ainsi qu'à toute mesure d'exécution intentée contre lui ou ses biens¹⁵³. Ainsi, cette immunité s'adresse, d'une certaine manière, aux normes procédurales nationales en imposant aux Etats de respecter certains standards de discrétion en ce qui concerne les actions émanant d'autres Etats¹⁵⁴.

Notons pour commencer que si l'immunité des Etats est d'origine coutumière, un nouvel instrument émanant des Nations Unies consacre l'importance de cette matière, à savoir la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens¹⁵⁵. Cependant, cette Convention des Nations Unies n'est pas encore entrée en vigueur, celle-ci ne récoltant à ce jour que vingt-et-un Etat parties sur les 30 requis¹⁵⁶. Si elle n'a donc aucun caractère normatif actuellement, elle a, selon son préambule, pour objet de contribuer « à la codification et au développement du droit international et à l'harmonisation des pratiques dans ce domaine »¹⁵⁷. Nous nous inspirerons donc des pratiques reconnues dans ce document pour notre analyse.

Pendant des siècles, l'immunité des Etats a été perçue comme ne souffrant d'aucune exception, comme excluant toute action devant les cours et tribunaux d'un autre Etat. Cette immunité émanait de l'idée que les cours domestiques ne sont pas le forum adéquat pour entendre les litiges concernant les Etats mais devaient être cantonnées à statuer sur les conflits concernant les individus¹⁵⁸. Ainsi, les conflits internationaux devaient, selon cette théorie, être réglés par les relations internationales et la diplomatie. Cette doctrine émane de la reconnaissance de la

¹⁵³ X., *Dictionnaire de droit international public*, op. cit., p. 560.

¹⁵⁴ P.-T. STOLL, « State Immunity », *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford Public International Law, Oxford University Press, Avril 2011, point 16.

¹⁵⁵ Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens, signée à New York le 2 décembre 2004, https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=III-13&chapter=3&lang=fr&clang=_fr.

¹⁵⁶ En effet, conformément à l'article 30 de ladite Convention, « La présente Convention entrera en vigueur le trentième jour suivant la date de dépôt du trentième instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion auprès du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies ». Article 30 Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens, *ibidem*.

¹⁵⁷ Préambule de la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens, *ibidem*.

¹⁵⁸ J. KLABBERS op. cit., p. 100.

souveraineté et de l'indépendance et l'égalité de chaque Etat par rapport à une autre puissance étatique¹⁵⁹.

Cependant, l'immunité absolue des Etats a, petit à petit, laissé place à une doctrine de l'immunité constituée de deux régimes différents. Si l'immunité de juridiction des Etats reste une règle bien ancrée dans le droit international, l'absolu laisse à présent place à une vision plus restreinte¹⁶⁰. En effet, avec l'avènement de l'Etat commerçant, les actes d'un pays ne se résument plus à l'exécution de décisions et d'actes de puissance publique¹⁶¹. Selon la Convention de 2005, il y a donc lieu de différencier deux types d'actes accomplis par l'Etat en question. La distinction à établir est une distinction cardinale qui nous retiendra également lorsque nous aborderons l'immunité des anciens chefs d'Etat. Selon la vision restreinte, les actes couverts par l'immunité sont les actes de *jus imperii*, des actes qui émanent et témoignent de la souveraineté étatique tandis que les actes de *jus gestionis* s'apparentent à des actes accomplis par une personne privée et, à ce titre, n'offrent aucune immunité à l'Etat¹⁶². Ainsi, dès 1950, la Cour suprême d'Australie conclut que la doctrine de l'immunité absolue a perdu son sens sur la scène internationale au vu du développement des activités commerciales des Etats. Ce même raisonnement a été repris dans de nombreuses décisions jurisprudentielles¹⁶³ et de nombreux Etats ont par conséquent adopté l'approche restrictive de l'immunité des Etats. Cette évolution jurisprudentielle sera rapidement supportée et consacrée par différentes normes émanant des Etats eux-mêmes¹⁶⁴.

¹⁵⁹ P.-T. STOLL, *op. cit.*, point 12.

¹⁶⁰ L. MILANO, *op. cit.*, p. 1063.

¹⁶¹ J. KLABBERS *op. cit.*, p. 100.

¹⁶² Cette position est adoptée et expliquée clairement dans la « Tate letter » du procureur général J. TATE en 1952. En effet, dans cette lettre, J. TATE écrivait : « [T]he Department feels that the widespread and increasing practice on the part of governments of engaging in commercial activities makes necessary a practice which will enable persons doing business with them to have their rights determined in the courts. For these reasons it will hereafter be the Department's policy to follow the restrictive theory of sovereign immunity in the consideration of requests of foreign governments for a grant of sovereign immunity ». J. TATE, *Letter*, 1952.

¹⁶³ *same*

¹⁶⁴ Ainsi, dans le *Foreign Sovereign Immunities Act* de 1976, les Etats-Unis codifient l'immunité étatique et consacrent la vision restrictive de cette immunité en ces termes : « (a) A foreign state shall not be immune from the jurisdiction of courts of the United States or of the States in any case – (1) (...) (2) in which the action is based upon a commercial activity carried on in the United States by the foreign state; or upon an act performed in the United States in connection with a commercial activity of the foreign state elsewhere; or upon an act outside the territory of the United States in connection with a commercial activity of the foreign state elsewhere and that act causes a direct effect in the United States (...) ». 28 U.S. Code Chapter 97 § 1605 – general exceptions to the jurisdictional immunity of a foreign state. De même, le Royaume-Uni édicte, deux ans plus tard, le *United Kingdom Immunity Act* qui stipule que « A State is not immune as respects proceedings relating to – (a) a commercial transaction entered into by the state; or (b) an obligation of the State which by virtue of a contract (whether a commercial transaction or not) falls to be performed wholly or partly in the United Kingdom. » U.K. State Immunity Act, Chapter 33, 1978.

Il reste alors à déterminer quels sont les actes souverains et quels sont les actes privés de l'Etat. Cette distinction sera analysée en détail ci-dessous lorsque nous aborderons le vif de notre sujet, à savoir l'immunité des anciens chefs d'Etat (Section II).

En ce qui concerne l'immunité d'exécution des Etats, si elle est aujourd'hui bien indépendante de l'immunité de juridiction, tel n'a pas toujours été le cas. Lorsque l'immunité de juridiction était considérée comme absolue, elle englobait entièrement l'immunité d'exécution¹⁶⁵. Cependant, au fur et à mesure de la reconnaissance d'exceptions à l'immunité de juridiction, l'immunité d'exécution a suivi également une évolution restrictive. Dès 1954, une résolution de l'Institut de Droit international nommée « L'immunité de juridiction et d'exécution forcées des Etats étrangers » prévoit que les biens protégés par l'immunité étatique sont les biens « affectés à l'exercice de l'activité gouvernementale qui ne se rapporte pas à une exploitation économique quelconque »¹⁶⁶.

L'Etat peut cependant renoncer à l'immunité qui lui est accordée par le droit international public et ainsi consentir à l'exercice de juridiction de l'Etat étranger. Cette possibilité est reprise dans la Convention de 2005 qui précise que ce consentement ne peut être donné qu'explicitement par un accord international, par un contrat écrit ou encore par une déclaration orale ou écrite devant le tribunal concerné¹⁶⁷. De plus, un Etat ne peut invoquer son immunité s'il a lui-même intenté la procédure devant le tribunal d'un autre Etat ou s'il a participé ou est intervenu de quelque manière que ce soit dans cette procédure¹⁶⁸.

Nous terminerons notre aperçu de l'immunité des Etats en notant que, malgré l'importance toujours plus grande accordée de nos jours aux droits de l'homme, cette immunité devant les juridictions internes n'est actuellement pas remise en question en cas de violation grave des droits de l'homme. Ce qui n'est pas le cas pour l'immunité des anciens chefs d'Etat...

Section II – L'immunité des chefs d'Etat et anciens chefs d'Etat sur la scène internationale

¹⁶⁵ P.-T. STOLL, *op. cit.*, point 50.

¹⁶⁶ Article 5 de la Résolution *L'immunité de juridiction et d'exécution forcée des Etats étrangers* émanant de l'Institut de Droit International, Session d'Aix-en-Provence, 1954.

¹⁶⁷ Article 7 de la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens, signée à New-York le 2 décembre 2004.

¹⁶⁸ Article 8 de la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens, *ibidem* ; P.-T. STOLL, *op. cit.*, point 24.

Avant de commencer cette analyse, notons que la Cour internationale de justice précise, dans l'affaire du mandat d'arrêt, la distinction établie entre la responsabilité pénale individuelle et l'immunité de juridiction pénale en ces termes : « [i]mmunité de juridiction pénale et responsabilité pénale individuelle sont des concepts nettement distincts. Alors que l'immunité de juridiction revêt un caractère procédural, la responsabilité pénale touche au fond du droit. L'immunité de juridiction peut certes faire obstacle aux poursuites pendant un certain temps ou à l'égard de certaines infractions; elle ne saurait exonérer la personne qui en bénéficie de toute responsabilité pénale »¹⁶⁹.

Il nous faut à présent distinguer l'immunité pénale dont bénéficie un chef d'Etat en exercice et celle qui protège un ancien chef d'Etat¹⁷⁰. Un chef d'Etat en fonction bénéficie d'une immunité de juridiction pénale absolue devant les cours et tribunaux d'un Etat tiers¹⁷¹. La Cour internationale de justice s'appuie, dans son Affaire relative à certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale, sur l'Affaire du mandat d'arrêt pour reconnaître cette immunité absolue d'un chef d'Etat. La Cour déclare en effet, « [u]n chef d'Etat jouit en particulier 'd'une immunité de juridiction pénale et d'une inviolabilité totales' qui le protègent 'contre tout acte d'autorité de la part d'un autre Etat qui ferait obstacle à l'exercice de ses fonctions' »¹⁷². Les chefs d'Etat bénéficient d'une inviolabilité personnelle et fonctionnelle. Les anciens chefs d'Etat, quant à eux, ne bénéficient plus que de leur immunité *rationae materiae* et ne peuvent invoquer une immunité personnelle¹⁷³. Nous reviendrons sur ces notions ci-dessous (point 2. de la présente Section).

Notons, avant de rentrer dans le vif du sujet, que si certains chefs d'Etat bénéficient d'une immunité pénale et/ou civile en vertu des normes nationales en fonction de la constitution et structure de chaque Etat, cette immunité n'a aucun lien avec l'immunité du droit international

¹⁶⁹ C.I.J., *Affaire relative au mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République Démocratique du Congo c. Belgique)*, 14 février 2002, § 60, <http://www.icj-cij.org/docket/files/121/8125.pdf>.

¹⁷⁰ Nous ne nous intéresserons pas à l'immunité civile étant donné que nous analysons l'immunité dans le cadre d'actes de torture. Notons cependant que l'immunité civile d'un chef d'Etat en fonction est considérée comme relative par l'Institut de droit international qui déclare effectivement : « [e]n matière civile ou administrative, le chef d'Etat ne jouit d'aucune immunité de juridictions devant le tribunal d'un Etat étranger, sauf lorsqu'il est assigné en raison d'actes qu'il a accomplis dans l'exercice de ses fonctions officielles ». L'institut considère également que l'ancien chef d'Etat ne bénéficie, quant à lui, d'aucune immunité civile « sauf lorsqu'il y est assigné ou poursuivi en raison d'actes qu'il a accomplis durant ses fonctions et qui participaient de leur exercice ». Articles 3 et 13.2 de la Résolution *Les immunités de juridiction et d'exécution du chef d'Etat et de gouvernement en droit international* émanant de l'Institut de Droit International, Session de Vancouver, 2001.

¹⁷¹ A. WATTS, cite par R. WEDGWOOD, « International Criminal Law and Augusto Pinochet », *Virginia Journal of International Law*, n°40, 2000, p. 838.

¹⁷² C.I.J., *Affaire relative à certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)*, 4 juin 2008, § 170.

¹⁷³ H. FOX et P. WEBB, *op. cit.*, p. 550.

dont bénéficie un chef d'Etat devant les juridictions d'un autre Etat¹⁷⁴. De plus, il n'existe, à ce jour, aucun traité traitant spécifiquement de l'immunité des chefs d'Etat et la majorité de la matière trouve donc sa source dans le droit coutumier international¹⁷⁵.

Dans cette section, nous étudierons tout d'abord l'évolution qu'a connue l'immunité des chefs d'Etat (1.). Nous établirons alors la différence entre l'immunité du chef d'Etat en fonction, couvert tant par l'immunité *ratione materiae* que par l'immunité *ratione personae*, et l'immunité de l'ancien chef d'Etat, qui ne pourrait se prévaloir que de l'immunité *ratione materiae* (2.). Nous nous attarderons ensuite sur la notion d' *act of state*, utilisée par les pays de droit anglo-saxon (3.) pour ensuite aborder la compétence universelle permettant aux cours et tribunaux étrangers de statuer sur les crimes de droit international commis par un responsable étranger (4.).

1. Historique et évolution

L'immunité des chefs d'Etat n'a pas toujours existé indépendamment de celle des Etats. En effet, lorsque Louis XIV déclare, en 1655, « L'Etat, c'est moi », il illustre la pensée de l'époque. L'Etat et son souverain étaient effectivement une seule et même personne aux yeux de la communauté internationale et il était généralement admis qu'aucun Etat n'oserait faire l'offense à un souverain de l'attaquer devant ses cours et tribunaux¹⁷⁶. Les souverains bénéficiaient alors de l'immunité absolue¹⁷⁷. La raison d'être de cette immunité tient dans la qualité et le statut d'organe de l'Etat qui est accordé au chef d'Etat. De plus, les chefs d'Etat devaient respecter une sorte de réciprocité dans ce qui semblait être une règle de courtoisie internationale, que traduit l'adage *in parem non habet imperium*.

Cependant, comme nous l'avons expliqué ci-dessus, l'évolution de la notion d'immunité d'Etat a également eu des effets en ce qui concerne le chef d'Etat. La première fracture entre l'Etat et le chef d'Etat peut être observée dans le procès de Nuremberg. En effet, l'article 7 de la Charte de Nuremberg rejette expressément l'immunité du chef d'Etat en ces termes : « The official position of defendants, whether as heads of state or responsible officials in government departments, shall not be considered as freeing them from responsibility or mitigating

¹⁷⁴ H. FOX et P. WEBB, *op. cit.*, p. 541.

¹⁷⁵ A. WATTS, « Heads of State », *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford Public International Law, Oxford University Press, octobre 2010, point 12.

¹⁷⁶ J. KLABBERS *op. cit.*, p. 100.

¹⁷⁷ H. FOX et P. WEBB, *op. cit.*, p. 544.

punishment »¹⁷⁸. Le tribunal explique, durant le procès, que sa Charte n'est qu'une illustration de l'ordre juridique international lors de sa rédaction. Le « chief prosecutor » des Etats Unis, R. H. Jackson déclare à l'époque, durant l'audience introductive, que les privilèges accordés aux Etats par le droit international ne devraient jamais plus permettre de protéger des personnes responsables de crimes internationaux devant une cour internationale¹⁷⁹. Si la majorité des défendeurs dans le procès de Nuremberg n'étaient que des hauts fonctionnaires de l'Etat allemand, un des défendeurs avait pourtant occupé la position de chef d'Etat durant la brève période s'écoulant entre le suicide d'Adolph Hitler et la capitulation de l'Allemagne¹⁸⁰. Dans sa décision, le tribunal reprend le raisonnement de R. H. Jackson et déclare « Crimes against international law are committed by men, not by abstract entities, and only by punishing individuals who commit such crimes can the provisions of international law be enforced (...) the principle of international law, which under certain circumstances protects the representative of the state, cannot be applied to acts which are condemned as criminal by international law »¹⁸¹.

Peu après le jugement de Nuremberg, la Guerre froide et les alliances qui en ont résulté ont suspendu la possibilité de mettre en doute la responsabilité d'un chef d'Etat en cas de crimes internationaux et cela, jusqu'à l'inculpation de J. Kambanda, ancien premier ministre du Rwanda, en fonction durant le génocide de 1994¹⁸².

L'on assiste donc à une évolution par laquelle la personne du chef d'Etat s'est petit à petit détachée de la personne étatique.

2. Immunité *ratione materiae* et immunité *ratione personae*

Les chefs d'Etat étrangers bénéficient en réalité de deux régimes distincts d'immunités qui se juxtaposent tandis que les anciens chefs d'Etats ne bénéficient, pour leur part, que d'un seul de

¹⁷⁸ Accord concernant la poursuite et le châtiement des grands criminels de guerre des Puissances européennes de l'axe et statut du tribunal international militaire, signé à Londres le 8 août 1945.

¹⁷⁹ « These defendants were men of a station and rank which does not soil its own hands with blood. They were men who knew how to use lesser folks as tools. We want to reach the planners and designers, the inciters and leaders... The idea that a state, any more than a corporation, commits crime, is a fiction. Crimes are always committed only by persons... It is quite intolerable to let such a legalism become the basis of personal immunity... Modern civilisation puts unlimited weapons of destruction in the hands of men. It cannot tolerate so vast an area of legal irresponsibility ». Tribunal Militaire International de Nuremberg, R. H. Jackson, 21 novembre 1945.

¹⁸⁰ G. ROBERTSON, « Ending impunity : How the International Criminal Law can put Tyrants on trial », *Cornell International Law Journal*, Vol. 38, n° 3, Art. 1, 2005, p. 655.

¹⁸¹ Tribunal militaire international, 1^{er} octobre 1946, § 447.

¹⁸² G. ROBERTSON, *op.cit.*, p. 656.

ces régimes¹⁸³. Dans notre étude de ces immunités, à défaut de normes officiellement reconnues sur la scène internationale, une Résolution de l'Institut de Droit international de 2001 nous guidera afin de déterminer les règles pertinentes ou, à tout le moins, nous orientera dans notre discussion¹⁸⁴. Il nous faut cependant reconnaître qu'à l'heure actuelle, nous ne pouvons considérer que cette Résolution est déclarative du droit coutumier¹⁸⁵.

Les chefs d'Etat en fonction bénéficient tant de l'immunité *ratione materiae* que de l'immunité *ratione personae*. L'immunité *ratione materiae* est une immunité fonctionnelle, qui ne concerne donc que les actes de fonctions du chef d'Etat, en tant qu'organe et représentant de son pays. La Cour internationale de Justice précise également que le chef d'Etat peut être lui-même considéré comme l'Etat qu'il représente¹⁸⁶. C'est à ce titre que cette immunité s'assimile à l'immunité de l'Etat pour lequel et au nom duquel les actes sont posés. Par conséquent, l'immunité *ratione materiae* qui est accordée au chef d'Etat en fonction doit être également considérée comme relative¹⁸⁷.

L'immunité *ratione personae*, quant à elle, s'attache, comme son nom l'indique, à la personne du chef d'Etat dans l'exercice de ses fonctions. Cette immunité est absolue et couvre les actes accomplis par le chef d'Etat, tant les actes accomplis en tant que représentant de l'Etat que ceux accomplis à titre privé¹⁸⁸. L'immunité de celui-ci pourra ainsi être opposée tant aux procédures pénales qu'aux procédures civiles introduites devant une juridiction étrangère si ces dernières concernent des actes commis dans l'exercice de ses fonctions¹⁸⁹.

¹⁸³ A. BELLAL, *op. cit.*, p. 153.

¹⁸⁴ Résolution *Les immunités de juridiction et d'exécution du chef d'Etat et de gouvernement en droit international*, *op. cit.*

¹⁸⁵ « In the absence of any more authoritative source, the articles of this Resolution of the Institut may be used as a guide to the relevant rule and an aid to the discussion concerning the immunities of a head of State. But it is to be recognized that in some respects the 2001 Vancouver Resolution may not be in line with emerging State practice ». H. FOX et P. WEBB, *op. cit.*, p. 539.

¹⁸⁶ La Cour explique sa position dans un certain nombre d'arrêts et déclare notamment dans son arrêt du 3 février 2006 que « c'est une règle de droit international bien établie que le chef d'Etat, le chef de gouvernement et le ministre des affaires étrangères sont réputés représenter l'Etat du seul fait de l'exercice de leurs fonctions, y compris pour l'accomplissement au nom dudit Etat d'actes unilatéraux ayant valeur d'engagement international. » La Cour précise également que cette règle coutumière est reconnue par l'article 7, § 2, de la Convention de Vienne sur le droit des traités qui dispose que, « en vertu de leurs fonctions et sans voir à produire de pleins pouvoirs, sont considérés comme représentant leur Etat : a) les chefs d'Etat, les chefs de gouvernement et les ministres des affaires étrangères, pour tous les actes relatifs à la conclusion d'un traité ». C.I.J., *Affaire des activités armées sur le territoire du Congo – Compétence de la cour et recevabilité de la requête (République Démocratique du Congo c. Rwanda)*, 3 février 2006, *op. cit.*, § 46 ; Article 7 de la Convention de Vienne sur le droit des traités.

¹⁸⁷ L. MILANO, *op. cit.*, p. 1063.

¹⁸⁸ Article 1 de la Résolution *Les immunités de juridiction et d'exécution du chef d'Etat et de gouvernement en droit international*, *op. cit.*

¹⁸⁹ Notons cependant que l'immunité civile d'un chef d'Etat en exercice n'est pas encore clairement définie mais que « la jurisprudence et la doctrine évoluent vers une distinction entre les actes que le chef d'Etat accomplit comme tel, dans l'exercice de ses fonctions, et les actes dans lesquels le chef d'Etat est actionné comme homme

Etant donné l'étendue de cette immunité, aucun chef d'Etat en fonction ne pourrait donc être poursuivi devant les juridictions d'un Etat étranger. Cette inviolabilité est confirmée par l'article 1 de la Résolution de 2001 qui stipule : « La personne du chef d'Etat est inviolable sur le territoire d'un Etat étranger. Elle ne peut y être soumise à aucune forme d'arrestation ou de détention. Les autorités de celui-ci traitent ce chef d'Etat avec le respect qui lui est dû et prennent toutes mesures raisonnables pour empêcher qu'il soit porté atteinte à sa personne, à sa liberté ou à sa dignité »¹⁹⁰. De plus, la Cour internationale de Justice confirme cette interprétation dans son arrêt du 14 février 2002, dit *Affaire relative du mandat d'arrêt*¹⁹¹. C'est pourquoi nous nous intéresserons uniquement à l'immunité des anciens chefs d'Etat et des poursuites qui pourraient être intentées à leur encontre après la fin de leur mandat.

L'ancien chef d'Etat, pour sa part, ne bénéficie pas de la même protection en droit international. La Résolution de Vancouver stipule très sommairement : « Le chef d'Etat qui n'est plus en fonction ne bénéficie d'aucune inviolabilité sur le territoire d'un Etat étranger »¹⁹². En effet, il ne pourra plus se prévaloir de son immunité *ratione personae* et ne peut donc prétendre à une immunité absolue. Il bénéficiera cependant toujours de l'immunité *ratione materiae*¹⁹³. Il est communément admis que cette immunité fonctionnelle n'exclut pas les poursuites concernant les actes privés commis par un Chef d'Etat en fonction¹⁹⁴.

Tant en ce qui concerne l'immunité étatique qu'en ce qui concerne l'immunité *ratione materiae* de l'ancien chef d'Etat, la vision restrictive de l'immunité amène à établir une distinction

privé. » B.S. BABAN, *La mise en cause de la responsabilité pénale du chef de l'Etat*, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 315.

¹⁹⁰ Article 1 de la Résolution *Les immunités de juridiction et d'exécution du chef d'Etat et de gouvernement en droit international*, *op. cit.*

¹⁹¹ La cour déclare, en effet, que le ministre des affaires étrangères ou, dans notre cas, le chef d'Etat bénéficie « d'une immunité de juridiction pénale et d'une inviolabilité totales à l'étranger. Cette immunité et cette inviolabilité protègent l'intéressé contre tout acte d'autorité de la part d'un autre Etat qui ferait obstacle à l'exercice de ses fonctions ». C.I.J., *Affaire relative au mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République Démocratique du Congo c. Belgique)*, *op. cit.*, § 54.

¹⁹² Article 13.1 de la Résolution *Les immunités de juridiction et d'exécution du chef d'Etat et de gouvernement en droit international*, *op. cit.*

¹⁹³ La Commission de droit international explique, dans son commentaire de la Convention de 2005, que « les immunités *ratione materiae* sont accordées au profit de l'Etat, et le fait que les fonctions officielles des représentants intéressés ne soient plus les mêmes, ou prennent fin, n'a sur elles aucune incidence. Il n'est donc pas possible d'intenter une action contre un ancien représentant d'un Etat étranger, en raison d'un fait accompli par lui dans l'exercice de ses fonctions officielles. L'immunité de l'Etat subsiste même lorsque la mission ou la charge de l'intéressé a pris fin. Il en est ainsi parce que l'immunité en question non seulement appartient à l'Etat, mais est également fondée sur le caractère souverain ou officiel des activités, dans la mesure où il s'agit d'une immunité *ratione materiae* ». X., *Troisième rapport sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens*, Extrait de l'Annuaire de la Commission de droit international, 181, Vol. II(1, p. 146.

¹⁹⁴ H. FOX et P. WEBB, *op. cit.*, p. 550.

primordiale entre les actes privés et les actes publics et par conséquent, les actes qui bénéficient de l'immunité et ceux qui ne peuvent se prévaloir de cette exception.

Selon certains textes normatifs récents¹⁹⁵, la tendance est à accorder l'immunité de principe à tous les actes posés et à lister les exceptions, à savoir, les actes considérés comme privés¹⁹⁶. C'est ainsi que la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens stipule, en son article 5, « un Etat jouit, pour lui-même et pour ses biens, de l'immunité de juridiction devant les tribunaux d'un autre Etat, sous réserve des dispositions de la présente Convention ». Il est évident que cette disposition vise également le chef d'Etat étant donné que la Convention précise elle-même que, sous le concept d'Etat, l'on peut également entendre le chef d'Etat¹⁹⁷. Afin d'établir cette différence entre les actes *jure imperii* et les actes *jure gestionis*, il y a donc lieu de s'intéresser à la nature des actes accomplis par les chefs d'Etat¹⁹⁸. La Convention de 2005 établit une liste des actes pour lesquels l'Etat, et par extension, comme nous l'avons précisé ci-dessus, les chefs d'Etat ne peuvent être couverts par l'immunité.

En ce qui concerne les actes officiels, nous verrons ci-dessous qu'une exception peut être envisagée en ce qui concerne la commission de crime violant le *jus cogens*. L'étendue de cette exception est cependant encore incertaine.

3. Doctrine de l'« act of State »

L'act of State en lui-même ne soulève pas beaucoup de questions. Il s'agit très simplement d'une décision émanant des autorités d'un pays, décision qui trouve à s'imposer sur la population et les biens situés sur le territoire national¹⁹⁹. La doctrine de l'act of State consiste en la reconnaissance de la souveraineté des autres Etats et de l'autorité qui émane des décisions des organes d'Etats tiers²⁰⁰. Cette notion jurisprudentielle émane d'arrêts « which sets out a

¹⁹⁵ Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens, *op. cit.* ; 28 U.S. Code Chapter 97 § 1605 – general exceptions to the jurisdictional immunity of a foreign state.

¹⁹⁶ M. N. SHAW, *International Law*, 6th Edition, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, p. 706.

¹⁹⁷ Article 2. 1. (b) de la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens, *op. cit.*

¹⁹⁸ M. N. SHAW, *op. cit.*, p. 709.

¹⁹⁹ W. H. REEVES, « The Sabbatino Case: The Supreme Court of the United States Rejects a Proposed New Theory of Sovereign Relations and Restores the Act of State Doctrine », *Fordham Law Review*, Vol. 32, n° 4, 1964, p. 639.

²⁰⁰ « The "act of state doctrine" is the recognition by a country of the legal and physical consequences of all acts of state in other countries. The doctrine recognizes the attributes and prerogatives of sovereignty. It recognizes that the world is composed of independent sovereigns, the sovereign power of each of which is exclusive within its own national territory. » W. H. REEVES, *ibidem*, p.639.

judicial rule barring domestic courts from reviewing the validity of acts taken by a foreign government within that government's own territory »²⁰¹.

L'interprétation moderne de la doctrine de l'act of State est à trouver dans l'affaire *Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino* de la Cour suprême des Etats-Unis. Celle-ci réaffirma le principe de l'applicabilité de la doctrine de l'act of State mais précisa cependant que l'utilisation de cette doctrine devrait être étudiée au cas par cas en se basant notamment sur les normes de droit international. Elle déclare en effet : « It should be apparent that the greater the degree of codification or consensus concerning a particular area of international law, the more appropriate it is for the judiciary to render decisions regarding it, since the courts can then focus on the application of an agreed principle to circumstances of fact rather than on the sensitive task of establishing a principle not inconsistent with the national interest or with international justice »²⁰².

Notons que la notion dont il est question est largement reprise par les cours et tribunaux des pays anglo-saxons²⁰³ et va sous-tendre en grande partie les arguments des Lords dans la décision qui concerne l'ancien président du Chili. La question se posera effectivement de déterminer le rôle de la House of Lords de statuer sur des actes commis durant le régime établi par Pinochet au Chili.

Il nous faut à présent nous interroger sur la compétence des cours et tribunaux étrangers à juger des actions d'un chef d'Etat. C'est ce que nous allons étudier ci-dessous.

4. Compétence universelle et souveraineté nationale

La compétence universelle est un principe selon lequel « a state is entitled or even required to bring proceedings with respect to certain serious crimes, irrespective of the location of the crime, and irrespective of the nationality of the perpetrator or the victim »²⁰⁴. Cette compétence ne peut s'exercer qu'en rapport à un nombre limité de crimes. Cette liste de crimes inclut les crimes de guerre, les crimes de génocide, les crimes contre l'humanité et la torture²⁰⁵. Tant les

²⁰¹ F. DE QUADRO et J. H. D. STONE, « Act of State Doctrine », *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford Public International Law, Oxford University Press, Mars 2013, point 2.

²⁰² Supreme Court of the United States, *Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino*, 376 U.S. 398, 23 mars 1964, VI.

²⁰³ F. DE QUADRO et J. H. D. STONE, *op. cit.*, point 2.

²⁰⁴ C. L. SRIRAM, « Revolutions in Accountability: New Approaches to Past Abuses », *American University International Law Review*, Vol. 19, n°2, 2003, p. 305.

²⁰⁵ C. L. SRIRAM, *ibidem*, p. 305.

Conventions de Genève du 12 août 1949 en ce qui concerne les crimes de guerre²⁰⁶ que la Convention contre la Torture²⁰⁷ consacrent cette obligation des Etats de connaître de tels crimes. L'on parle alors de compétence universelle obligatoire pour les Etats membres de ces instruments internationaux²⁰⁸. Le crime de génocide ou les crimes contre l'humanité ne bénéficient cependant pas de cette reconnaissance conventionnelle mais le TPIY semble leur reconnaître le bénéfice de la compétence universelle étant donné qu'il déclare dans son arrêt *Tadic* : « De surcroît, on ne peut que se réjouir à la pensée que, la compétence universelle étant aujourd'hui reconnue dans le cas des crimes internationaux, une personne soupçonnée de ces crimes peut enfin être traduite devant un organe judiciaire international pour un examen objectif de son acte d'accusation par des juges impartiaux, indépendants et désintéressés venant, comme c'est le cas ici, de tous les continents. »²⁰⁹

Cette compétence met à mal un principe cardinal de droit international public, le principe de souveraineté territoriale et nationale et par conséquent, limite le principe de non-interférence dans les affaires domestiques d'un Etat. La souveraineté, apportant une limitation à la juridiction extraterritoriale, repose sur l'idée qu'il faut assurer la continuité et la prédictibilité de l'Etat et de ses organes²¹⁰.

Bien que cette compétence soit considérée comme émanant du droit coutumier international, certains Etats l'ont pourtant reconnue explicitement dans leur législation nationale. La Belgique a, par exemple, introduit un titre *Ibis* relatif aux violations du droit international humanitaire dans le Code Pénal qui reconnaît sa compétence universelle²¹¹. Sont notamment concernés les

²⁰⁶ Article 49 de la Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne, Article 50 de la Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer, Article 129 de la Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre, Article 146 de la Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, signées à Genève le 12 août 1949, approuvées par la loi du 3 septembre 1952, *M.B.*, 26 septembre 1952.

²⁰⁷ Articles 5 et 7 de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, *op. cit.*

²⁰⁸ X., *Compétence Universelle – Un dossier électronique du centre de droit international de l'Université Libre de Bruxelles*, <https://competenceuniverselle.wordpress.com/>, consulté le 13 mai 2016.

²⁰⁹ T.P.I.Y. (ONU), Ch. d'appel, 2 octobre 1995, *Le Procureur c. Dusko Tadic, alias « Dule » - arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence*, § 62, <http://www.icty.org/x/cases/tadic/acjug/fr/tad-aj951002.pdf>.

²¹⁰ C. L. SRIRAM, *op. cit.*, p. 306.

²¹¹ « Hormis les cas visés aux articles 6 à 11, les juridictions belges sont également compétentes pour connaître des infractions commises hors du territoire du Royaume et visées par une [règle de droit international conventionnelle ou coutumière] [ou une règle de droit dérivé de l'Union européenne] liant la Belgique, lorsque [cette règle] lui impose, de quelque manière que ce soit, de soumettre l'affaire à ses autorités compétentes pour l'exercice des poursuites. » Article 12bis al. premier du Titre préliminaire du Code de procédure pénale belge.

crimes de génocide (article 136*bis*), les crimes contre l'humanité (article 136*ter*) et les crimes de guerre (article 136*quater* du Code pénal).

Notons également que certains problèmes se posent quant à la légitimité et l'application de ce principe. En effet, les différences d'application qui peuvent résulter de l'exercice de la compétence laissent apparaître des divergences en ce qui concerne l'égalité de traitement et de procédure des défendeurs²¹². Une critique plus profonde fait alors surface, mettant en doute la légitimité de principe du système de droit qui ne serait, selon certains détracteurs, qu'une excuse pour permettre aux cours et tribunaux de pays développés de juger les responsables de crimes internationaux commis par les responsables de pays en développement et jamais l'inverse, ce qui illustre un aspect éminemment politique du droit international public²¹³. Une seconde critique qui est proche de celle que nous venons d'évoquer se trouve dans la cohérence de l'exercice d'une compétence universelle. En effet, si comme nous venons de l'évoquer la compétence universelle semble plus largement utilisée envers les hauts fonctionnaires des pays en voie de développement, « Pieacemeal application of accountability for grave breaches of international law could give rise to serious inconsistencies in the levels of protection offered to fundamental human rights across jurisdictions. Differing interpretations of the scope of universal jurisdiction may give rise to serious gaps in the coherence of international law »²¹⁴.

Section III – L'affaire Pinochet et ses conséquences en droit international

Si comme nous l'avons vu précédemment (Section II) il existe certaines exceptions à l'immunité des chefs d'Etat, il nous appartient à présent de déterminer si les crimes internationaux, et plus précisément, les actes de torture doivent être considérés comme des actes « privés » ne permettant pas au chef d'Etat de se prévaloir de son immunité. Nous étudierons, pour ce faire, l'affaire cardinale en ce qui concerne la protection des droits de l'homme et l'immunité des chefs d'Etat, à savoir, l'affaire de l'ancien président du Chili, Augusto Pinochet.

Notre étude portant sur les crimes de torture, nous nous intéresserons plus précisément à l'immunité pénale des anciens chefs d'Etat, c'est-à-dire, l'immunité *ratione materiae* pénale.

²¹² J. I. CHARNEY, « The impact on the international legal system of the growth of international courts and tribunals », *N.Y.U. Journal of International Law and Politics*, Vol. 31, 1999, p. 707.

²¹³ C. L. SRIRAM, *op. cit.*, p. 367.

²¹⁴ C. L. SRIRAM, *op. cit.*, p. 369.

Nous commencerons par étudier brièvement les faits ayant mené à la comparution du dictateur devant les juridictions anglaises (1.), à savoir le régime institué par le général Pinochet lors de sa prise de pouvoir (i.) et les procédures espagnoles (ii.), déclenchant, au Royaume Uni, l'affaire qui nous concerne. Nous traiterons ensuite les différentes affaires se déroulant devant les juridictions anglaises (2.) à savoir les deux arrêts de la House of Lords (i. et ii.), ainsi que ce que ces arrêts ont apportés au droit international (iii.). Nous nous pencherons ensuite sur le statut actuel de l'immunité des anciens chefs d'Etat (3.) pour terminer notre analyse sur la possibilité de reconnaître une règle de droit coutumier dans cette matière (4.).

1. Faits et rétroactes

i. Le régime d'Augusto Pinochet et ses crimes

Augusto José Ramón Pinochet Ugarte fut président du Chili de 1974 à 1990²¹⁵. Il prit le pouvoir le 11 septembre 1973 – mais ne sera nommé président qu'en décembre 1974 - à la suite d'un coup d'Etat afin de renverser le régime du président Salvador Allende et de mettre un terme au régime socialiste que ce dernier avait instauré²¹⁶.

Dès le début de son « mandat », Pinochet impose un régime autoritaire, un régime répressif, combiné à une politique économique ultralibérale²¹⁷. L'entrée en fonction de Pinochet se traduit rapidement par la dissolution des institutions démocratiques comme le Congrès chilien, ainsi que par le contrôle des médias et l'interdiction des partis politiques. L'Etat de guerre est instauré afin de restreindre les droits et libertés des personnes²¹⁸.

A la fin du régime de Pinochet, le bilan est déplorable en ce qui concerne les droits de l'homme. En effet, sur toute la population du Chili comptant 10 millions d'habitants en 1973, plus de 3200 personnes ont été tuées ou ont disparu et plus de 35.000 personnes ont été torturées lors

²¹⁵ Notons cependant qu'il occupa la position de Président de la junte de gouvernement ainsi que celle de Chef suprême de la Nation chilienne dès le coup d'Etat. Lorsqu'il quitte sa position de chef d'Etat en 1990, il restera Commandant en chef de l'armée chilienne jusqu'en 1998.

²¹⁶ X., « Salvador Allende », *Encyclopaedia Britannica*, <http://www.britannica.com/biography/Salvador-Allende>, consulté le 14 mai 2016.

²¹⁷ Ainsi, « entre le matin du mardi 11 septembre 1973, moment où les forces armées commandées par le général Pinochet entrent en action, et la suspension, le jeudi 13 à midi, du couvre-feu permanent instauré par la junte militaire dans la soirée qui suivit le coup d'Etat, le Chili a subi une métamorphose aussi rapide que brutale. » X., « Chili : 1973 : Anatomie d'un coup d'Etat », *L'Histoire*, n°391, août 2013, p. 52.

²¹⁸ X., « Chili : 1973 : Anatomie d'un coup d'Etat », *ibidem*, p. 53.

de détention par les autorités. Enfin, 200000 personnes, soit 2 pour cent de la population totale du pays, ont fui le Chili, s'exilant pour échapper au régime de terreur établi par Pinochet²¹⁹. C'est donc sur la base de ces actes de torture, de ces disparitions, de ces meurtres ainsi que sur la prétention de génocide que seront basées les procédures, que nous aborderons ci-dessous, procédures qui ont été intentées contre Augusto Pinochet²²⁰.

ii. Procédures espagnoles

Le 4 juillet 1996, l'Union Progresista de Fiscales²²¹, une équipe de procureurs espagnols, introduisit une action à l'encontre de Pinochet devant la chambre pénale de l'Audiencia Nacional de España en invoquant les crimes internationaux de génocide et de crimes contre l'humanité commis durant la période s'étalant de 1973 à 1990, période durant laquelle le général était au pouvoir²²². La plainte reprenait également le fait que, sous le régime de Pinochet, une loi d'amnistie à l'égard des membres du régime avait été édictée. Cette loi, adoptée en 1978 « exemptait de responsabilité pénale tout individu ayant commis des violations de droits humains entre le 11 septembre 1973 et le 10 mars 1978 »²²³.

L'action introduite par le groupe UPF avance l'argument que les juridictions espagnoles sont bien compétentes pour connaître de la responsabilité de l'ancien président Pinochet en s'appuyant tant sur les normes nationales qu'internationales²²⁴. En 1998, le juge Baltasar Garzon reconnaît la compétence de l'Espagne en ce qui concerne les crimes de torture et de

²¹⁹ X., « Chili : 1973 : Anatomie d'un coup d'Etat », *ibidem*, p. 53.

²²⁰ C. L. SRIRAM, *op. cit.*, p. 318.

²²¹ UPF ci-dessous.

²²² C. L. SRIRAM, *op. cit.*, p. 319.

²²³ X., « Chili. La justice à la portée des victimes de Pinochet », *Amnesty International*, <http://www.amnesty.fr/Presse/Communiqués-de-presse/Chili-La-justice-la-portee-des-victimes-de-Pinochet-12769>, consulté le 12 mai 2016.

²²⁴ En effet, en application des normes nationales espagnoles, les cours et tribunaux espagnols sont compétents pour connaître des crimes de droits internationaux commis hors de leur territoire, peu importe la nationalité de l'auteur de ces crimes. Il importe donc également très peu que certaines des victimes soient de nationalité espagnole. Cependant, la compétence nationale ne pouvait être que renforcée par le fait que certaines victimes étaient effectivement espagnoles. L'action avance également que si la loi d'amnistie de 1978 doit avoir un effet quelque part, cela ne peut être qu'au Chili et que, par conséquent, l'Espagne est mieux placée que les juridictions nationales chiliennes pour juger de la responsabilité de Pinochet. Quant à ce qui concerne les normes de droit international sur lesquelles s'appuient l'action, l'UPF utilise la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide de 1948, la Convention contre la torture dont nous avons longuement parlé ci-dessus et enfin, le Pacte International relatif aux Droits Civils et Politiques. Le groupe avance également la compétence universelle de l'Espagne comme nous l'avons vu ci-dessus. C. L. SRIRAM, *op. cit.*, p. 321.

génocide, un jugement confirmé unanimement par la Cour suprême espagnole, la Audiencia Nacional²²⁵.

Malgré l'opposition véhémente du gouvernement chilien à la compétence des juridictions espagnoles, le juge Garzon délivre un mandat d'arrêt à l'encontre de l'ancien chef d'Etat, ainsi qu'une demande d'extradition qu'il adresse au Royaume-Uni, l'ex Président s'y trouvant pour raisons de santé²²⁶.

2. L'affaire Pinochet : Arguments et analyse

Précisons tout d'abord qu'avant d'interjeter appel, le conseil de l'ancien président Pinochet introduit devant la High Court une action afin de voir annuler les deux mandats d'arrêt délivrés par des juges anglais sur la demande des juridictions espagnoles. La législation applicable pour la High Court est le State Immunity Act de 1978, une législation nationale anglaise. La Cour base donc son raisonnement sur cette norme, et plus particulièrement sur sa section 20, qui rend applicable la Convention de Vienne sur les relations diplomatique de 1961. L'article 39 (2) de cette Convention indique effectivement que les actes accomplis dans l'exercice de ses fonctions par le bénéficiaire restent couverts par cette immunité après la fin des fonctions. Cette distinction cardinale entre les actes officiels et les actes privés des chefs d'Etat sera primordiale dans le reste de notre étude²²⁷. Justice Collins déclare que les actes de torture ne peuvent être considérés comme des actes privés étant donné que « history shows that it has indeed on occasions been state policy to exterminate or oppress particular groups » et qu'à ce titre, aucune limite ne devait être établie à l'immunité de l'ancien chef d'Etat en fonction d'une distinction entre les crimes de droit international et les autres crimes²²⁸.

La High Court reconnaît donc unanimement à Pinochet l'immunité qui lui revient en tant qu'ancien chef d'Etat, immunité tant pénale que civile. Les mandats sont donc annulés par la

²²⁵ M. BYERS, « The Law and Politics of the Pinochet case », *Duke Journal of Comparative and International Law*, Vol. 10, n°2, 2000, p. 422.

²²⁶ C. L. SRIRAM, *op. cit.*, p. 323.

²²⁷ « Lorsque les fonctions d'une personne bénéficiant des privilèges et immunités prennent fin, ces privilèges et immunités cessent normalement au moment où cette personne quitte le pays, ou à l'expiration d'un délai raisonnable qui lui aura été accordé à cette fin, mais ils subsistent jusqu'à ce moment, même en cas de conflit armé. Toutefois, l'immunité subsiste en ce qui concerne les actes accomplis par cette personne dans l'exercice de ses fonctions comme membre de la mission. » Article 39(2) de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, *op. cit.*

²²⁸ The High Court of Justice, Queen's Bench Divisional Court, *In the Matter of an Application for a Writ of Habeas Corpus ad Subjendum. Re: Augusto Pinochet Duarte*, 28 octobre 1998, § 80.

Divisional Court of the Queen's Bench Division²²⁹. Cependant, « the Court granted leave to appeal to the House of Lords, certifying as a point of law of general public importance 'the proper interpretation and scope of the immunity enjoyed by a former head of state from arrest and extradition proceedings in the United Kingdom in respect of acts committed while he was head of state' »²³⁰.

i. Première décision de la House of Lords du 25 novembre 1998

L'affaire Pinochet sera, dans un premier temps, présentée devant une cour de cinq Lords, dont nous allons rapidement analyser les arguments. Lord Slynn of Hadley, tout d'abord, s'appuie sur le State Immunity Act, comme l'a fait avant lui la Divisional Court of the Queen's Bench Division²³¹. S'il note que l'immunité des (anciens) chefs d'Etat, considérée comme absolue durant des décennies, existe bel et bien toujours, il nuance ses propos en ces termes : « This principle of immunity has, therefore, to be considered now in the light of developments in international law relating to what are called international crimes »²³² même si ces développements ne sont qu'à un stade embryonnaire. Ainsi, il reconnaît que l'immunité *ratione materiae* d'un ancien chef d'Etat puisse être limitée²³³ mais uniquement si les crimes commis sont définis précisément par une convention internationale qui permettrait aux juridictions nationales d'être compétentes. Une telle convention devrait, de plus, exclure expressément l'immunité de l'ancien chef d'Etat²³⁴. En ce qui concerne les crimes de l'affaire Pinochet, à savoir la torture, le génocide et la prise d'otage, Lord Slynn of Hadley conclut que de tels critères ne sont pas présents *in casu*²³⁵ et que par conséquent, « in [his] opinion, the respondent

²²⁹ A. BIANCHI, « Immunity versus Human Rights ; the Pinochet case », *E.J.I.L.*, Vol. 10, n°2, 1999, p. 240.

²³⁰ The High Court of Justice, Queen's Bench Divisional Court, *In the Matter of an Application for a Writ of Habeas Corpus ad Subjendum. Re: Augusto Pinochet Duarte*, 28 octobre 1998, § 88.

²³¹ House of Lords, *Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and others Ex Parte Pinochet (on appeal from a Divisional Court of the Queen's Bench Division)*, *Regina v. Evans and another and the Commissioner of Police for the Metropolis and others Ex Parte Pinochet (on appeal from a Divisional Court of the Queen's Bench Division)*, 25 novembre 1998, ci-dessous *Ex Parte Pinochet (HLI)*.

²³² *Ex Parte Pinochet (HLI)*, *op. cit.*, Opinion de Lord Slynn of Hadley, *Part III*.

²³³ « In that connection it is necessary to consider when the pre-existing immunity is lost. In my view it is from the date when the national legislation comes into force, although I recognise that there is an argument that it is when the convention comes into force, but in my view nothing earlier will do. Acts done thereafter are not protected by the immunity; acts done before, so long as otherwise qualifying, are protected by the immunity. » *Ex Parte Pinochet (HLI)*, *op. cit.*, Opinion de Lord Slynn of Hadley, *Part III*.

²³⁴ *Ex Parte Pinochet (HLI)*, *op. cit.*, Opinion de Lord Slynn of Hadley, *Part III* ; G. SISON, « A King No More: The Impact of the Pinochet Decision on the Doctrine of Head of State Immunity », *Washington University Law Review*, Vol. 78, n°4, 2000, p. 1599.

²³⁵ En effet, l'article 4 de la Convention sur le génocide qui reconnaît le principe d'une immunité limitée en ce qui concerne les « constitutionally responsible rulers » n'a pas été transposé en droit britannique. La Convention contre la torture et la Convention internationale contre la prise d'otages ne contiennent pour leur part pas de limitation

was entitled to claim immunity as a former Head of State from arrest and extradition proceedings in the United Kingdom in respect of official acts committed by him whilst he was Head of State relating to the charges in the provisional warrant of 22 October 1998 »²³⁶.

Lord Lloyd of Berwick reconnaît également le droit de Pinochet d'invoquer son immunité. Contrairement à Lord Slynn of Hadley, il n'envisage cependant aucune restriction possible à l'immunité des anciens chefs d'Etat en ce qui concerne les actes accomplis dans l'exercice de leurs fonctions. En effet, selon lui, accorder un statut spécial à certains crimes de droit international signifierait permettre aux anciens chefs d'Etat de ne bénéficier de l'immunité qu'à la condition que les actes illégaux qu'ils auraient commis ne soient pas sérieux²³⁷. Il avance que seuls les actes commis à titre privé ne bénéficieront pas de la protection qu'est l'immunité²³⁸.

Cependant, la décision sera finalement remportée par une majorité de trois juges, reconnaissant des limitations à l'immunité de Pinochet, contre deux. En effet, Lord Nicholls s'appuie sur la section 20 du State Immunity Act et la Convention sur les relations diplomatiques comme l'avait fait la High Court mais en fait une interprétation toute différente. Cette disposition, comme expliqué ci-dessus, consacre l'immunité d'un chef d'Etat uniquement en ce qui concerne les actes commis dans l'exercice des fonctions d'un chef d'Etat, fonctions devant être reconnues en droit international comme faisant effectivement partie des fonctions d'un chef d'Etat, et ce, indépendamment des dispositions internes d'un pays. Lord Nicholls revient donc sur la distinction établie par la Divisional Court qui avait statué sur le fait que les actes de tortures, de génocide et de prises d'otages devaient être vus comme des actes officiels qui permettaient à Pinochet d'invoquer son immunité. A l'égard de ces crimes, il déclare que le droit international « has made plain that certain types of conduct, including torture and hostage-taking, are not acceptable conduct on the part of anyone. This applies as much to heads of state, or even more so, as it does to everyone else; the contrary conclusion would make a mockery of

expresse de l'immunité d'un chef d'Etat ou d'un ancien chef d'Etat. Article 4 de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, signée à New York le 9 décembre 1948, approuvée par la loi du 26 juin 1951, *M.B.*, 11 janvier 1952 ; Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, *op. cit.* ; Convention internationale contre la prise d'otages, signée à New York le 17 décembre 1979, approuvée par la loi du 3 mars 1999, *M.B.*, 11 décembre 1979.

²³⁶ *Ex Parte Pinochet (HLI)*, *op. cit.*, Opinion de Lord Slynn of Hadley, *The Alternative Basis—Acts of State—and Non-Justiciability*.

²³⁷ *Ex Parte Pinochet (HLI)*, *op. cit.*, Opinion de Lord Lloyd of Berwick, *Issue one : head of state immunity at common law*.

²³⁸ A ce titre, il note, en ce qui concerne les crimes reprochés à l'ancien président Pinochet, que « [w]here a person is accused of organising the commission of crimes as the head of the government, in cooperation with other governments, and carrying out those crimes through the agency of the police and the secret service, the inevitable conclusion must be that he was acting in a sovereign capacity and not in a personal or private capacity » *Ex Parte Pinochet (HLI)*, *op. cit.*, Opinion de Lord Lloyd of Berwick, *Issue one : head of state immunity at common la..*

international law »²³⁹, en évoquant notamment le procès de Nuremberg pour fonder la responsabilité d'un ancien chef d'Etat²⁴⁰. Lord Hoffman se range entièrement à l'avis de Lord Nicholls²⁴¹.

Enfin, le dernier membre de la Cour Lord Steyn défend la notion que certains actes ne peuvent raisonnablement rentrer dans une définition, même extrêmement large, des fonctions de chefs d'Etat et reconnaît l'importance du droit international public dans l'interprétation de la loi nationale²⁴². Enfin, il refuse l'application de la doctrine de l'act of State et explique: « It has in my view been clearly established that by 1973 such acts were already condemned as high crimes by customary international law. In these circumstances it would be wrong for the English courts now to extend the act of state doctrine in a way which runs counter to the state of customary international law as it existed in 1973 »²⁴³. La House décide donc, à une majorité de trois contre deux, d'exclure l'immunité de l'ancien président Pinochet. Les autorités britanniques autorisent donc le début des procédures d'extradition du dictateur vers l'Espagne.

ii. Secondes procédures en Angleterre

Cependant, la saga Pinochet ne s'arrêtera pas là... En effet, le 17 décembre 1998, la House of Lords décide de revoir son jugement du 25 novembre 1998. Le conseil de Pinochet avait en effet introduit une action afin de réviser cette décision sur la base du fait qu'un des membres de cette cour d'appel, Lord Hoffman, avait omis de dévoiler les liens qu'il entretenait avec l'association Amnesty International²⁴⁴. La House of Lords reconnaît donc que la position de

²³⁹ *Ex Parte Pinochet (HLI)*, *op. cit.*, Opinion de Lord Nicholls, *Personal Immunity*.

²⁴⁰ Notons également que Lord Nicholls rejette l'idée qu'une immunité résiduelle émanant du droit international coutumier pourrait exister à l'égard de Pinochet, basant ce rejet sur le fait que, selon lui, le droit international coutumier ne peut être la base d'une immunité couvrant tous les représentants officiels de l'Etat commettant des crimes qui sont eux-mêmes condamnés par l'ordre juridique international *Ex Parte Pinochet (HLI)*, *op. cit.*, Opinion de Lord Nicholls, *Residual immunity*.

²⁴¹ *Ex Parte Pinochet (HLI)*, *op. cit.*, Opinion de Lord Hoffman.

²⁴² Il ajoute à l'avis de Lord Nicholls concernant la nature privée des tortures et crimes commis par Pinochet durant son régime que ceux-ci ne peuvent absolument pas être considérés comme des actes officiels, comme en atteste la manière dont le régime Pinochet a caché ces actes. Lord Steyn déclare effectivement : « why should what was allegedly done in secret in the torture chambers of Santiago on the orders of General Pinochet be regarded as official acts? Similarly, why should the murders and disappearances allegedly perpetrated by DINA in secret on the orders of General Pinochet be regarded as official acts? » *Ex Parte Pinochet (HLI)*, *op. cit.*, Opinion de Lord Steyn, *The former Head of State immunity*.

²⁴³ *Ex Parte Pinochet (HLI)*, *op. cit.*, Opinion de Lord Steyn, *The act of state doctrine*.

²⁴⁴ Il s'avère que l'épouse de Lord Hoffman, selon les avocats de cette organisation, « has been working at their International Secretariat since 1977 » alors qu'Amnesty International soutenait les demandeurs dans leur appel devant la House of Lords. House of Lords, *In Re Pinochet*, 15 janvier 1999, Opinion de Lord Browne-Wilkinson, *The link between Lord Hoffmann and AI*.

Lord Hoffman pouvait mener à mettre en cause son impartialité objective²⁴⁵ et, par conséquent, décide d'annuler la première décision concernant l'ancien président.

Le 24 mars 1999, finalement, la House of Lords, composée alors d'un banc de sept Lords, rend la dernière décision concernant l'immunité octroyée au Général Pinochet. La majorité, cette fois-ci de six voix contre une, maintint le rejet de l'immunité de Pinochet. Certains éléments de la seconde décision divergent de l'interprétation développée dans la décision du 25 novembre 1998²⁴⁶. Le second jugement diffère principalement sur le rôle que la Convention contre la torture a joué dans la décision de certains Lords de refuser l'immunité à l'ancien président²⁴⁷. En effet, contrairement au jugement de 1998, les Lords s'accordent pour déterminer, sur base du State Immunity Act de 1978, que les actes de torture sur lesquels pouvait être basée l'extradition de Pinochet, ne sont que les actes commis après 1988, année à laquelle la section 134 du Criminal Justice Act incorpora la Convention contre la Torture dans son ordre juridique national²⁴⁸.

Un seul Lord reconnaît à Pinochet le pouvoir d'invoquer son immunité, Lord Goff of Chieveley qui reprend entièrement le raisonnement de Lord Slynn of Hadley lors de la première comparution de l'ancien chef d'Etat devant la House of Lords²⁴⁹. Si Lord Goff reconnaît, renvoyant à l'avis de Sir Arthur Watts²⁵⁰, que des crimes graves de droit international peuvent avoir un effet sur l'immunité ou la responsabilité personnelle d'un chef d'Etat, il n'accepte pourtant aucune limite à l'immunité en ce qui concerne la torture, limite qui devrait uniquement

²⁴⁵ Lord Browne-Wilkinson déclare en effet « In my judgment, this case falls within the first category of case, viz where the judge is disqualified because he is a judge in his own cause. In such a case, once it is shown that the judge is himself a party to the cause, or has a relevant interest in its subject matter, he is disqualified without any investigation into whether there was a likelihood or suspicion of bias. The mere fact of his interest is sufficient to disqualify him unless he has made sufficient disclosure ». House of Lords, *In Re Pinochet*, 15 janvier 1999, Opinion de Lord Browne-Wilkinson, *Apparent bias*.

²⁴⁶ House of Lords, *Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet, Regina Evans and Another and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet (On Appeal from a Divisional Court of the Queen's Bench Division)*, 24 mars 1999, ci-dessous *Ex Parte Pinochet (HLIII)*.

²⁴⁷ A. BIANCHI, *op. cit.*, p. 245.

²⁴⁸ C'est au même moment que le Criminal Justice Act transforme ces actes de torture, déjà des actes illégaux dans la législation britannique, en crimes pouvant fonder la compétence universelle du Royaume-Uni. Par conséquent, « although acts of torture were illegal under English common law prior to the enactment of the Criminal Justice Act, such acts were not extra-territorial offenses until after the act's enactment, and the act was not applied retroactively. The court therefore found that Pinochet could not be extradited for acts of torture that occurred before 1988 unless they were committed in Spain or the United Kingdom ». J. HOROWITZ, « Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet: Universal Jurisdiction and Sovereign Immunity for Jus Cogens Violations », *Fordham International Law Journal*, Vol. 23, n°2, p. 533.

²⁴⁹ *Ex Parte Pinochet (HLIII)*, *op. cit.*, Opinion de Lord Goff of Chieveley, *Introduction*.

²⁵⁰ « It can no longer be doubted that as a matter of general customary international law a head of state will personally be liable to be called to account if there is sufficient evidence that he authorised or perpetrated such serious international crimes ». A. WATTS, cite par *Ex Parte Pinochet (HLIII)*, *op. cit.*, Opinion de Lord Goff of Chieveley, *State Immunity*.

concerner des crimes commis à l'encontre de l'ordre public international, à savoir les crimes de guerre, crimes contre l'humanité et les crimes contre la paix²⁵¹. En ce qui concerne la Convention contre la Torture, il rejette l'argument de la présence d'une clause excluant l'immunité *rationae materiae* d'un ancien chef d'Etat dans cette norme²⁵².

Les autres membres de la Cour refusent cependant d'accorder l'immunité à l'ancien président Pinochet. Lord Browne-Wilkinson maintient qu'après la ratification de la Convention contre la Torture par le Chili en 1988, Pinochet ne pouvait simplement pas invoquer son immunité *ratione materiae*²⁵³. Il déclare effectivement, en s'appuyant également sur la distinction entre actes officiels et actes privés²⁵⁴ : « if, as alleged, Senator Pinochet organised and authorised torture after 8 December 1988, he was not acting in any capacity which gives rise to immunity *ratione materiae* because such actions were contrary to international law, Chile had agreed to outlaw such conduct and Chile had agreed with the other parties to the Torture Convention that all signatory states should have jurisdiction to try official torture (as defined in the Convention) even if such torture were committed in Chile »²⁵⁵. Il conclut en résumant que la notion d'immunité concernant les anciens chefs d'Etat est inconsistante avec les dispositions de la Convention contre la Torture et que Pinochet ne peut donc l'invoquer devant la Cour²⁵⁶.

Lord Hope of Craighead tient un raisonnement assez similaire. Il avance que le Chili a perdu, lors de sa ratification de la Convention, tout droit à invoquer l'immunité *ratione materiae* de son ancien chef d'Etat en ce qui concerne les allégations d'actes de tortures, ayant eu lieu après

²⁵¹ *Ex Parte Pinochet (HLIII)*, op. cit., Opinion de Lord Goff of Chieveley, *State Immunity*.

²⁵² Il exclut en effet cet argument, notant qu'il considère qu'une telle clause devrait être expresse et qu'elle ne peut en aucun cas être sous-entendue à la lecture des travaux préparatoires de la Convention. *Ex Parte Pinochet (HLIII)*, op. cit., Opinion de Lord Goff of Chieveley, *Waiver of immunity by treaty must be express*.

²⁵³ Comme nous l'avons précisé ci-dessus, les actes de torture pouvant mettre en cause la responsabilité de Pinochet ne sont, selon cette seconde décision de la House of Lords, que ceux qui ont eu lieu après l'année 1988, année de ratification de la Convention contre la Torture tant en ce qui concerne le Chili que l'Espagne et que le Royaume-Uni. *Ex Parte Pinochet (HLIII)*, op. cit., Opinion de Lord Browne-Wilkinson, *State immunity*.

²⁵⁴ Lord Browne-Wilkinson refuse de considérer les actes de torture commis par l'ancien président Pinochet comme des actes officiels, fondant sa décision sur l'avis de Sir Arthur Watts qui écrit : « The idea that individuals who commit international crimes are internationally accountable for them has now become an accepted part of international law. Problems in this area--such as the non-existence of any standing international tribunal to have jurisdiction over such crimes, and the lack of agreement as to what acts are internationally criminal for this purpose--have not affected the general acceptance of the principle of individual responsibility for international criminal conduct ». A. WATTS, cite par *Ex Parte Pinochet (HLIII)*, op. cit., Opinion de Lord Browne-Wilkinson, *State immunity*.

²⁵⁵ *Ex Parte Pinochet (HLIII)*, op. cit., Opinion de Lord Browne-Wilkinson, *State immunity*.

²⁵⁶ *Ex Parte Pinochet (HLIII)*, op. cit., Opinion de Lord Browne-Wilkinson, *State immunity*.

1988²⁵⁷. Partant de l'opinion de Lord Slynn lors de la décision de 1998²⁵⁸, il soutient que l'objet de la Convention, à savoir « to make more effective the struggle against torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment throughout the world »²⁵⁹, en combinaison avec le concept de personne « acting in an official capacity » contenu à l'article 1^{er} de la Convention, ne peut raisonnablement signifier que seuls les représentants officiels de l'Etat sont visés par la Convention, à l'exclusion des chefs d'Etat²⁶⁰. Et si il n'y pas, dans les dispositions de la Convention, de clause expresse d'exclusion de l'immunité d'un ancien chef d'Etat, son article 5. 2. consacre cependant le principe de juridiction universelle des cours et tribunaux d'un Etat tiers lorsque la personne responsable de tels crimes se trouve sur le territoire de celui-ci.²⁶¹. Lord Saville of Newdigate suit principalement le raisonnement principal de Lord Hope of Craighead²⁶².

Lord Hutton, pour sa part, fonde son raisonnement en grande partie sur le droit international coutumier. En effet, il soutient qu'à l'époque de l'adoption de la Convention contre la Torture, les actes de torture attribués à l'ancien président Pinochet et à son régime étaient déjà condamnés par le droit international²⁶³. Il n'admet pas l'immunité sur base que « the alleged acts of torture by Senator Pinochet were carried out under colour of his position as head of state, but they cannot be regarded as functions of a head of state under international law when

²⁵⁷ «The only offences of torture and conspiracy to torture which are punishable in this country as extra-territorial offences against the law of the United Kingdom within the meaning of section 2(2) of the Act of 1989 are those offences of torture and conspiracy to torture which he is alleged to have committed on or after 29 September 1988.» *Ex Parte Pinochet (HLIII)*, *op. cit.*, Opinion de Lord Hope of Craighead, *Torture after 29 September 1989*.

²⁵⁸ Lord Hope reprend, dans son raisonnement, l'avis de Lord Slynn en ce qui concerne le fait que des crimes internationaux de *jus cogens* doivent répondre à plusieurs conditions afin de limiter l'immunité d'un ancien chef d'Etat. Pour rappel, ces conditions consistent en une définition précise dans un instrument international du crime en question, d'une clause permettant la compétence des juridictions nationales ainsi qu'une clause excluant expressément l'immunité dont il est question. Tandis que Lord Slynn conclut, comme analysé ci-dessus, que la Convention contre la Torture, combinée avec les sections 134 et 135 du Criminal Justice Act, ne répond pas à la dernière condition, Lord Hope, sur base des mêmes dispositions, argumentera cependant une interprétation différente du rôle de la Convention dans son applicabilité en ce qui concerne les immunités des chefs d'Etat. *Ex Parte Pinochet (HLIII)*, *op. cit.*, Opinion de Lord Hope of Craighead, *The Torture Convention and Loss of Immunity*.

²⁵⁹ Préambule de la Convention contre la Torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, *op. cit.*

²⁶⁰ *Ex Parte Pinochet (HLIII)*, *op. cit.*, Opinion de Lord Hope of Craighead, *The Torture Convention and Loss of Immunity*.

²⁶¹. Notons également que Lord Hope établit une distinction fondamentale entre les actes de torture « isolés » à propos desquels un ancien chef d'Etat peut invoquer son immunité et les actes de tortures pouvant être vus comme constituant un crime de droit international selon le droit international coutumier. Selon Lord Hope en effet, les actes de torture commis sous le régime de Pinochet sont la preuve d'une politique nationale de torture systématique et ont été utilisés comme un instrument de gouvernance. *Ex Parte Pinochet (HLIII)*, *op. cit.*, Opinion de Lord Hope of Craighead, *The Torture Convention and Loss of Immunity*.

²⁶² *Ex Parte Pinochet (HLIII)*, *op. cit.*, Opinion de Lord Saville of Newdigate.

²⁶³ Il accepte cependant le fait que le Royaume-Uni ne peut extraditer Pinochet pour les crimes commis avant 1988 étant donné la date de ratification de la Convention. *Ex Parte Pinochet (HLIII)*, *op. cit.*, Opinion de Lord Hutton.

international law expressly prohibits torture as a measure which a state can employ in any circumstances whatsoever and has made it an international crime »²⁶⁴.

Lord Millet avance quant à lui qu'étant donné l'évolution récente du droit international, la manière dont un Etat traite sa population sur son propre territoire ne peut plus être considérée comme des affaires domestiques mais, *a contrario*, concerne l'ensemble de la communauté internationale²⁶⁵. Lord Millet maintient qu'étant donné que les crimes *in casu* ne peuvent être réalisés qu'avec l'accord ou à l'instigation d'une personne agissant en tant que représentant officiel d'un Etat, « [t]he official or governmental nature of the act, which forms the basis of the immunity, is an essential ingredient of the offence »²⁶⁶. Il conclut donc que « No rational system of criminal justice can allow an immunity which is co-extensive with the offence »²⁶⁷.

Enfin, Lord Phillips of Worth Matravers défend pour sa part que « [i]n the latter part of this century there has been developing a recognition among states that some types of criminal conduct cannot be treated as a matter for the exclusive competence of the state in which they occur »²⁶⁸. Il constate que les crimes de torture reprochés à Pinochet sont d'une telle gravité qu'ils choquent nécessairement la conscience de la communauté internationale. Il défend finalement que, la Convention contre la Torture imposant une obligation de poursuivre les personnes responsables de crimes de torture, l'immunité *ratione materiae* ne peut raisonnablement coexister avec le droit international actuel²⁶⁹.

²⁶⁴ Notons que dans le volet belge des poursuites concernant l'ancien président chilien sur base d'une plainte déposée en Belgique par six personnes de nationalité chilienne, le juge d'instruction chargé de l'affaire Pinochet, D. Vandermeersch, développait un avis similaire et décidait que « si les crimes reprochés actuellement à Monsieur Pinochet devaient être considérés comme établis, on ne saurait cependant considérer qu'ils aient été accomplis dans le cadre de ses fonctions : de tels actes criminels ne peuvent être censés rentrer dans l'exercice normal des fonctions d'un chef d'Etat, dont l'une des missions consiste précisément à assurer la protection de ses concitoyens. » *Ex Parte Pinochet (HLIII)*, op. cit., Opinion de Lord Hutton ; Ordonnance du juge d'instruction Vandermeersch à Bruxelles du 6 novembre 1998, http://www.haguejusticeportal.net/Docs/NLP/Belgium/pinochet_mandat_arret_06-11-98.pdf.

²⁶⁵ Lord Millet soutient que le rôle de la Convention contre la Torture a été d'étendre la responsabilité des Etats et de leurs représentants également en ce qui concerne les actes de torture isolés, contrairement à ce qu'a argumenté Lord Hope, ainsi que d'élargir l'obligation des pays membres d'exercer leur juridiction sur de tels crimes. *Ex Parte Pinochet (HLIII)*, op. cit., Opinion de Lord Millet.

²⁶⁶ *Ex Parte Pinochet (HLIII)*, op. cit., Opinion de Lord Millet.

²⁶⁷ *Ex Parte Pinochet (HLIII)*, op. cit., Opinion de Lord Millet.

²⁶⁸ *Ex Parte Pinochet (HLIII)*, op. cit., Opinion de Lord Phillips of Worth Matravers, *The development of international criminal law*.

²⁶⁹ « More pertinently, each state party is required to prosecute any person found within its jurisdiction who has committed such an offence, unless it extradites that person for trial for the offence in another state. [...] The Convention is thus incompatible with the applicability of immunity *ratione materiae*. There are only two possibilities. One is that the States Parties to the Convention proceeded on the premise that no immunity could exist *ratione materiae* in respect of torture, a crime contrary to international law. The other is that the States Parties to the Convention expressly agreed that immunity *ratione materiae* should not apply in the case of torture. I believe that the first of these alternatives is the correct one. » *Ex Parte Pinochet (HLIII)*, op. cit., Opinion de Lord Phillips of Worth Matravers, *The development of international criminal law*.

Si Augusto Pinochet ne sera finalement jamais extradé ni jugé pour des raisons de santé, il n'en reste pas moins que les arrêts qui le concernent consacrent une nouvelle tendance en droit international. Nous allons à présent nous intéresser aux apports de ces différents arrêts en droit international.

iii. Suites et apports de l'affaire Pinochet

S'il est exact que les différents raisonnements de la House of Lords reposent tous sur la loi nationale anglaise, il est par ailleurs évident que l'analyse de ces arrêts porte en majorité sur les dispositions de droit international et sur l'évolution des pratiques internationales en ce qui concerne les anciens chefs d'Etat. En effet, tous les Lords s'appuient sur le droit international afin d'interpréter le State Immunity Act²⁷⁰. Il est clair à la lecture des arrêts que les Lords ont tenté de rédiger leurs différentes opinions en conformité avec les standards établis par le droit international public.

Les arrêts de 1998 et de 1999 consacrent la responsabilité individuelle d'un ancien chef d'Etat en ce qui concerne les crimes de torture en droit international. Si l'immunité d'un chef d'Etat en exercice est, comme nous l'avons expliqué ci-dessus, composée de l'immunité *ratione personae* et de l'immunité *ratione materiae*, un ancien chef d'Etat ne bénéficie plus, pour sa part, que de l'immunité *ratione materiae*. Une moitié des Lords s'accordent pour faire dépendre l'immunité *ratione materiae* d'un ancien chef d'Etat de la nature des crimes commis²⁷¹. Lors de la première décision, la majorité statue que les crimes de génocides, de prises d'otages et de tortures ne peuvent être qualifiés d'actes officiels effectués par un chef d'Etat dans l'exercice de ses fonctions. C'est sur cette base que l'immunité est refusée à l'ancien président Pinochet. Dans la seconde décision, le débat se recentre sur les crimes de torture. Il émane de ce second jugement de la House of Lords que l'immunité d'un ancien chef d'Etat est simplement incompatible avec la Convention contre la Torture qui consacre expressément le caractère officiel ou gouvernemental de ces actes²⁷². « Only Lord Phillips went a step further in saying

²⁷⁰ En ce qui concerne le droit anglais, « all that can be said is that section 134 of the Criminal Justice Act 1988 has the effect of overriding the immunity *ratione materiae* of a former head of state either because it provides an express or implied exception to such immunity or because as a matter of statutory interpretation, section 134 has the effect of removing torture from the official functions of a head of state. » J. C. BARKER, « The Future of Former Head of State Immunity after ex Parte Pinochet », *I.C.L.Q.*, Vol. 48, n°4, 1999, p. 949.

²⁷¹ Voir les avis de Lord Hutton, Lord Millet et de Lord Phillips of Worth Matravers.

²⁷² Comme nous l'avons vu ci-dessus, seul Lord Phillips va jusqu'à dire qu'il n'existe simplement pas d'immunité pour les individus ayant commis des crimes graves de droit international étant donné que ces crimes vont à l'encontre des fondements mêmes de la communauté internationale. A. BIANCHI, *op. cit.*, p. 249.

that no rule of international law requires that immunity be granted to individuals who have committed crimes of international law and that the very notion of immunity *ratione materiae* cannot coexist with the idea that some crimes, in light of their gravity, offend against the very foundation of the international legal system »²⁷³.

Notons cependant que le raisonnement des Lords ne peut pas être considéré comme restant confiné dans les matières légales. Il s'agit plus particulièrement, selon nous, de différentes notions, voir philosophies, du droit international public qui s'affrontent. L'évolution dont l'affaire Pinochet fait partie témoigne d'un changement fondamental de la conception du droit qui s'écarte du traditionnel « Etat-centrisme » sur laquelle la communauté internationale est créée²⁷⁴. L'émergence relativement rapide des droits de l'homme ainsi que la mise en exergue de l'individu en droit pénal international a brouillé la donne étant donné que ces nouvelles normes ont créé le concept flou d'ordre public international²⁷⁵. Les Lords se trouvent donc face à deux théories juridiques défendables. La décision de la House of Lords est donc tant basée sur des considérations juridiques que sur des considérations plus largement fondées sur la légitimité des principes en question. Il ressort par conséquent de ce jugement, à notre avis, un parti pris en faveur de la responsabilité de l'individu violant la prohibition de la torture²⁷⁶.

Outre les principes philosophiques et moraux fondant leur décision, les Lords doivent aussi faire face au caractère fondamentalement politique de leur décision. « By denying sovereign immunity and at the same time urging the U.K. Home Secretary not to extradite Pinochet, Pinochet's critics and supporters both achieve positive outcomes. International human rights groups gain a precedent-setting case holding that individuals cannot circumvent punishment by claiming immunity, and Pinochet and his supporters benefit from the Law Lords' decision urging the Home Secretary not to extradite Pinochet »²⁷⁷.

La Cour internationale de Justice adhère, pour sa part, à d'autres valeurs de droit international public dans son arrêt du 14 février 2002 relative au *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* quant à la

²⁷³ A. BIANCHI, *op. cit.*, p. 249.

²⁷⁴ « The notion of individual accountability for crimes against humanity, the active role of municipal courts in the enforcement of international criminal law as well as the steady process of erosion of the sovereign immunity doctrine are all elements which are hardly amenable within the traditional representation of the international legal system as a horizontally-organized community of sovereign and independent states. » A. BIANCHI, *op. cit.*, p. 270.

²⁷⁵ A. BIANCHI, *op. cit.*, p. 271.

²⁷⁶ Lorsque l'auteur de la violation est un représentant d'un pays parti à la Convention contre la torture et uniquement en ce qui concerne les actes commis après l'entrée en vigueur de la Convention dans l'Etat concerné. Les Lords s'efforcent de s'exprimer en termes juridiques et de se limiter à s'exprimer endéans les limites du droit international.

²⁷⁷ J. HOROWITZ, *op. cit.*, p. 526.

place de l'immunité en droit international²⁷⁸. Dans cet arrêt, la Cour internationale s'interroge sur l'immunité pénale protégeant le ministre des affaires étrangères congolais accusé par la justice belge de crimes contre l'humanité²⁷⁹. Il est cependant essentiel de noter les différences entre l'affaire du ministre Yerodia et celle de l'ancien président Pinochet. En effet, dans l'affaire du ministre congolais, le mandat d'arrêt fut délivré à un représentant de l'Etat toujours en fonction alors que Pinochet n'était plus président lors de l'introduction des poursuites. Comme nous l'avons expliqué ci-dessus, la distinction entre un représentant étatique en exercice et un ancien représentant est importante étant donné que le premier bénéficie de l'immunité *ratione materiae* et *ratione personae* tandis que le second ne peut qu'invoquer l'immunité *ratione materiae*. Néanmoins, le raisonnement de la Cour va à l'encontre de la décision de la House of Lords. Elle déclare qu'elle a « examiné avec soin la pratique des Etats, y compris les législations nationales et les quelques décisions rendues par de hautes juridictions nationales, telle la Chambre des lords ou la Cour de cassation française. Elle n'est pas parvenue à déduire de cette pratique 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, lorsqu'ils sont soupçonnés d'avoir commis des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité. », se référant notamment à la décision Pinochet²⁸⁰. Elle consacre donc l'immunité absolue du ministre Yerodia, ce qui semble ouvrir la porte à l'impunité des hauts responsables d'un Etat²⁸¹. La Cour déclare pourtant : « [l]a Cour souligne toutefois que l'immunité de juridiction dont bénéficie un ministre des affaires étrangères en exercice ne signifie pas qu'il bénéficie d'une impunité au titre de crimes qu'il aurait pu commettre, quelle que soit leur gravité. (...) Les immunités dont bénéficie en droit international un ministre ou un ancien ministre des affaires étrangères ne font en effet pas obstacle à ce que leur responsabilité

²⁷⁸ « For the majority in the Lords international law is treated as a set of rules the primary purpose of which is to give effect to a set of broadly shared values, including a commitment to rooting out impunity for the gravest international crimes. The other vision, that reflected in the judgment of the ICJ, sees the rules of international law as being intended principally to facilitate relations between states, which remain the principal international actors. » P. SANDS, « International Law Transformed? From Pinochet to Congo », *Leiden Journal of International Law*, Vol. 16, n°1, 2003, p. 51.

²⁷⁹ L'arrêt concerne un mandat d'arrêt émanant d'un juge d'instruction du tribunal de première instance de Bruxelles à l'encontre du ministre des affaires étrangères de la République Démocratique du Congo, Abdoulaye Yerodia Ndombasi, invoquant le fait que ses discours d'incitation à la haine raciale ont provoqué le massacre de plusieurs centaines de personnes. Il était donc accusé par les autorités belges de crimes contre l'humanité. M. GOLDMANN, « Arrest Warrant Case (Democratic Republic of the Congo v. Belgium) », *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford Public International Law, Oxford University Press, Janvier 2009, point 1.

²⁸⁰ C.I.J., *Affaire relative au mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République Démocratique du Congo c. Belgique)*, *op. cit.*, § 58

²⁸¹ M. KAMTO, « Une troublante 'immunité totale' du ministre des affaires étrangères », *Rev. b. dr. int.*, n°1, 2002, p. 524.

pénale soit recherchée dans certaines circonstances »²⁸². La Cour cite les quatre hypothèses pour lesquelles l'immunité ne sera pas de mise, à savoir devant les juridictions nationales, devant les juridictions d'un Etat tiers si l'Etat du responsable a levé son immunité, devant des juridictions pénales internationales et enfin, lorsqu'un représentant étatique a quitté ou a été démis de ses fonctions²⁸³. Ce qui semble donc être la reconnaissance d'une immunité absolue concerne uniquement le représentant en exercice²⁸⁴. La Cour ne se prononce donc malheureusement pas sur l'immunité des anciens représentants mais laisse une porte ouverte à la mise en cause de leur responsabilité par les juridictions d'un Etat tiers.

3. Quelle immunité pour les anciens chefs d'Etat ?

Malgré les avancées non discutables qu'apportent les arrêts concernant Augusto Pinochet, il nous est encore difficile, actuellement, de répondre définitivement à la question de l'immunité des anciens chefs d'Etat en droit international.

Conformément aux avis des Lords, l'immunité émane de la protection de l'Etat et non de la protection personnelle d'un chef d'Etat. A ce titre, le changement de statut entre le chef d'Etat en fonction et l'ancien chef d'Etat ne devrait avoir aucune influence sur les protections qui leur sont accordées. De plus, l'immunité *ratione materiae* dont il est question dans l'arrêt, immunité fonctionnelle relative aux actes officiels que le chef d'Etat pose, a pour but de protéger tous les représentants officiels agissant pour le compte de l'Etat. Si cette immunité fonctionnelle venait à se perdre en ce qui concerne les anciens chefs d'Etat, elle devrait se perdre dans les chefs de tous les fonctionnaires officiels auxquels elle s'applique également, « exposing the whole of

²⁸² C.I.J., *Affaire relative au mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République Démocratique du Congo c. Belgique)*, *op. cit.*, § 60 et 61.

²⁸³ « En troisième lieu, dès lors qu'une personne a cessé d'occuper la fonction de ministre des affaires étrangères, elle ne bénéficie plus de la totalité des immunités de juridiction que lui accordait le droit international dans les autres Etats. A condition d'être compétent selon le droit international, un tribunal d'un Etat peut juger un ancien ministre des affaires étrangères d'un autre Etat au titre d'actes accomplis avant ou après la période pendant laquelle il a occupé ces fonctions, ainsi qu'au titre d'actes qui, bien qu'accomplis durant cette période, l'ont été à titre privé ». C.I.J., *Affaire relative au mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République Démocratique du Congo c. Belgique)*, *op. cit.*, § 61.

²⁸⁴ Ce que M. KAMTO déplore tout de même. Il déclare effectivement : « Si le principe de l'immunité du ministre des affaires étrangères poursuit 'le but légitime [...] de favoriser la courtoisie et les bonnes relations entre les Etats grâce au respect de la souveraineté d'un autre Etat', selon les termes de l'arrêt rendu par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire Al-Adsani, il ne peut pas, pour autant, se transformer en un mécanisme d'exonération des crimes 'les plus graves qui touchent l'ensemble de la communauté internationale'. La nature de ces crimes commande qu'ils soient détachés de la fonction et donc des 'actes officiels' du ministre des Affaires étrangères. Après tout, un ministre des Affaires étrangères — et à vrai dire un ministre quel qu'il soit — n'est pas nommé pour commettre le génocide ou les crimes contre l'humanité, ou les crimes de guerre. » M. KAMTO, *op. cit.*, p. 527.

the internal administration of one State to review by the courts of another State and thereby constituting an intervention in the internal affairs of another state »²⁸⁵. Enfin, la raison principale derrière l'immunité des chefs d'Etat émane fondamentalement de politique internationale. En effet, l'immunité des hauts fonctionnaires de tout Etat tend à garantir la coopération entre les Etats sur la scène internationale, comme il a été souligné dans l'*Affaire du mandat d'arrêt* de la Cour internationale de Justice²⁸⁶.

Il est cependant important de noter la volonté de la communauté internationale de consacrer la responsabilité des individus dans la commission de crimes de droit international, indépendamment de la place qu'ils occupent dans la structure officielle d'un Etat. Si cette évolution a, comme nous l'avons vu ci-dessus, commencé par la reconnaissance de la responsabilité de hauts fonctionnaires du IIIe Reich lors du procès de Nuremberg, de même, la Cour suprême d'Israël statue, en 1962, dans son arrêt Eichmann dont les Lords s'inspireront énormément dans leurs opinions, qu'« [o]f such odious acts, it must be said that in point of international law they are completely outside the 'sovereign' jurisdiction of the state that ordered or ratified their commission, and therefore those who participate in such acts must personally account for them and cannot shelter behind the official character of their task or mission, or behind the 'Laws' of the State by virtue of which they purported to act »²⁸⁷. De plus, le TPIY précise, dans son arrêt *Furundzija*, que cette responsabilité des individus s'applique également concernant les crimes de torture et que ce principe émane indiscutablement du droit international coutumier²⁸⁸. Le tribunal inclut expressément les Chefs d'Etat dans les fonctionnaires officiels concernés.

L'affaire Pinochet confirme donc cette évolution. Notons également que le premier jugement s'est décidé à une majorité de trois Lords contre deux, ce qui témoigne d'une certaine hésitation des principes et valeurs qui devraient prévaloir en droit international public. Opposant donc les principes de souveraineté ou d'immunité et le principe d'impunité de responsables de crimes

²⁸⁵ H. FOX et P. WEBB, *op. cit.*, p. 553.

²⁸⁶ « Comme dans le cas de l'émission du mandat, la diffusion de celui-ci dès juin 2000 par les autorités belges sur le plan international, compte tenu de sa nature et de son objet, portait en effet atteinte à l'immunité dont M. Yerodia jouissait en tant que ministre des affaires étrangères en exercice du Congo et était de surcroît susceptible d'affecter la conduite par le Congo de ses relations internationales. » C.I.J., *Affaire relative au mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République Démocratique du Congo c. Belgique)*, *op. cit.*, § 71.

²⁸⁷ Supreme Court of Israel, *Attorney General v. Adolf Eichmann*, 29 mai 1962, § 14.

²⁸⁸ Le Tribunal déclare en effet « Both customary rules and treaty provisions applicable in times of armed conflict prohibit any act of torture. Those who engage in torture are personally accountable at the criminal level for such acts. (...) Individuals are personally responsible, whatever their official position, even if they are heads of State or government ministers: Article 7(2) of the Statute and article 6(2) of the Statute of the International Criminal Tribunal for Rwanda, hereafter "ICTR" are indisputably declaratory of customary international law. » T.P.I.Y. (ONU), Ch. de première instance, 10 décembre 1998, *Le Procureur c. Anto Furundzija*, *op. cit.*, § 140.

odieux de droit international, la Cour tente d'établir, à une faible majorité, des valeurs communes à l'ensemble de la communauté internationale, mettant ainsi en cause l'éternel principe d'indépendance et de non-interférence des affaires internes à un Etat. Si ces valeurs ne sont pas nécessairement exclusives en ce qui concerne la plupart des affaires courantes d'un Etat, il nous apparaît évident que l'immunité que le droit international offre à certaines catégories d'individus ne peut raisonnablement garantir l'impunité de ces individus, impunité qui irait à l'encontre de fondements de l'ordre juridique international²⁸⁹. C'est ce que le TPIY exprime en ces termes en ce qui concerne les Etats : « [it] would be a travesty of law and a betrayal of the universal need for justice, should the concept of State sovereignty be allowed to be raised successfully against human rights »²⁹⁰. Notons, par conséquent, que c'est ce qu'il semble émaner de la majorité écrasante de la seconde décision de la House of Lords, une décision qui prend clairement parti pour la prévalence des droits de l'homme et la cohérence du système de droit international, à tout le moins en ce qui concerne la prohibition de la torture.

Mais l'affaire Pinochet n'est pas la dernière étape dans l'évolution de l'immunité d'anciens chefs d'Etat. Au contraire, la décision de la House of Lords a sans doute consacré un futur principe de droit international. Il a tout le moins établi un précédent de reconnaissance de la responsabilité d'un ancien chef d'Etat dans les allégations de violations de droit international, ce qui ouvre la voie à d'autres plaintes.

C'est cet héritage qui permettra de poursuivre l'ancien président tchadien Hissène Habré en 2013 au Sénégal, surnommé rapidement « Le Pinochet d'Afrique »²⁹¹. En effet, « [w]hen the House of Lords ruled that Pinochet could be arrested and prosecuted anywhere in the world, despite his status as a former head of state, the human-rights movement was in effervescence. It showed that we had an instrument to hold accountable people who seemed out of the reach of justice until then »²⁹². Habré, dont le régime s'étala de 1982 à 1990, fut accusé des meurtres et de la torture de milliers de personnes ainsi que de crimes contre l'humanité et de crimes de guerres prenant place durant ses huit ans de règne. Afin d'échapper aux poursuites qui l'attendaient vraisemblablement sur le territoire tchadien, il se réfugia, lors de la rébellion qui

²⁸⁹ A. BIANCHI, *op. cit.*, p. 260.

²⁹⁰ T.P.I.Y. (ONU), Ch. d'appel, 2 octobre 1995, *Le Procureur c. Dusko Tadic, alias « Dule » - arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence*, *op. cit.*, § 483.

²⁹¹ P. WESTON, « Hissene Habre, 'Africa's Pinochet' », *The Telegraph*, 20 juillet 2015, <http://www.telegraph.co.uk/news/worldnews/africaandindianocean/chad/11751433/Hissene-Habre-Africas-Pinochet.html>, consulté le 14 mai 2016.

²⁹² R. BRODY cité par K. CALAMUR, « The Legacy of the Pinochet Trial », *The Atlantic*, 17 octobre 2015, <http://www.theatlantic.com/international/archive/2015/10/chad-habre-trial-pinochet/411004/>.

l'éjecta du pouvoir, au Sénégal, pays qui refuse à première vue de le poursuivre. Les victimes de ces violences, désespérant de voir un jour l'ancien président répondre des crimes commis lorsqu'il était au pouvoir, décidèrent de saisir les juridictions belges, sur base de sa loi sur la compétence universelle, ce qui amènera les autorités belges, après plusieurs années d'enquête, à introduire une demande d'extradition. Le Sénégal se déclare alors incompétent pour connaître de cette demande²⁹³. Cette plainte déposée en Belgique poussa l'Union Africaine à réagir pour s'assurer que l'affaire soit jugée sur le territoire africain²⁹⁴ ; elle « mandates the Republic of Senegal to prosecute and ensure that Hissène Habré is tried, on behalf of Africa, by a competent Senegalese court with guarantees for fair trial »²⁹⁵.

La Belgique introduisit une action à l'encontre du Sénégal en ce qui concerne l'obligation de poursuivre ou d'extrader devant la Cour International de Justice. Le 20 juillet 2012, celle-ci rend son jugement²⁹⁶ et semble alors tenir un raisonnement semblable à celui tenu lors du second arrêt de la House of Lords concernant Pinochet. Elle déclare effectivement que « l'obligation de poursuivre les auteurs présumés d'actes de torture, en vertu de la convention, ne s'applique qu'aux faits survenus après son entrée en vigueur pour l'Etat concerné »²⁹⁷. Elle statue donc que le Sénégal a bel et bien violé ses obligations imposées par sa ratification de la Convention contre la Torture en notant également que les dispositions conventionnelles ont pour but d'empêcher l'impunité des individus responsables d'actes de torture en ne leur fournissant aucun refuge dans les autres pays partis²⁹⁸. Il nous semble évident que cet arrêt implique que la Cour reconnaît, comme une majorité des Lords, que la Convention contre la Torture reconnaît effectivement la responsabilité d'anciens chefs d'Etat dans les actes de torture et qu'à ce titre, il y a lieu de restreindre l'immunité *ratione materiae* d'anciens chefs d'Etat ayant commis de tels crimes.

²⁹³ R. O'KEEFE, *International criminal law*, Oxford, Oxford University Press, 2015, p. 397.

²⁹⁴ B. FRYDMAN et L. HENNEBEL, « Le contentieux transnational des droits de l'homme : Une analyse stratégique », *Rev. trim. dr. h.*, Vol. 77, 2009, p. 95.

²⁹⁵ Notons qu'avant la décision de l'Union Africaine, le Comité des Nations Unies contre la torture a statué, dans une décision du 19 mai 2006, que le Sénégal a violé la Convention contre la Torture en ce qu'il n'avait pas pris les mesures nécessaires afin de se rendre compétent pour connaître des crimes de torture lorsque l'auteur présumé de tels crimes se trouve sur son territoire (article 5) ainsi qu'en ce qu'il n'a pas fait droit à la demande d'extradition belge alors que la Cour suprême sénégalaise avait mis fin au procès d'Hissène Habré (article 7). Comité contre la Torture, Communication n°181/2001, 36^e session, 17 mai 2006 http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CAT%2F36%2FD%2F181%2F2001&Lang=fr ; Union Africaine, *Hissene Habre Case*, 2 août 2006, <https://www.hrw.org/news/2006/08/02/decision-hissene-habre-case-and-african-union-doc-assembly/au/3-vii>.

²⁹⁶ C.I.J., *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, op. cit.

²⁹⁷ C.I.J., *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, op. cit., § 100.

²⁹⁸ C.I.J., *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, op. cit., § 120.

Le procès de l'ancien président Hissène Habré, premier procès d'un dictateur africain sur le continent africain²⁹⁹, s'est terminé le 11 février 2016 à Dakar. A l'heure où nous écrivons ces lignes, aucun verdict n'a été rendu et la date prévue de la décision est fixée au 30 mai 2016³⁰⁰. Affaire à suivre, donc...

Si l'affaire Habré est prometteuse en ce qui concerne l'immunité des anciens chefs d'Etat devant les juridictions d'un Etat tiers, l'affaire de l'ancien président du Libéria, Charles Ghankay Taylor, est un intéressant développement en ce qui concerne la responsabilité individuelle pénale des chefs d'Etat. En effet, l'ancien président fut accusé de crimes contre l'humanité et de crimes de guerre alors qu'il était toujours au pouvoir³⁰¹. Le tribunal prit bien en compte la responsabilité individuelle du président Taylor³⁰² et celui-ci fut condamné à cinquante ans de prison par le tribunal spécial pour la Sierra Leone en 2012³⁰³. Les procédures ne se sont pas passées sans incident. En effet, le Liberia tenta de s'opposer à l'inculpation du président en introduisant en août 2003 une plainte contre la Sierra Leone devant la Cour internationale de Justice en invoquant la violation de l'immunité du chef d'Etat³⁰⁴. La Sierra Leone ne reconnaissant pas la juridiction de la Cour, l'affaire n'ira pas plus loin. Le président

²⁹⁹ Si le forum de la Cour Internationale de Justice aurait pu être plus approprié pour juger de la responsabilité de l'ancien dictateur, il apparaît cependant que sa légitimité est mise en cause dans beaucoup de pays africains. « Opinion about the ICC has shifted in Africa since it was chartered in 1998. Initially, it had strong support—particularly in the aftermath of the Rwanda genocide, Mbaku has written, when “there was an urgent need in Africa to squarely confront impunity and the mass violation of human rights.” Since then, some governments and thinkers have apparently revised their opinions. One reason is that every indictment issued by the ICC has been in Africa. The court’s jurisdiction is somewhat hobbled by the non-participation or non-cooperation of many countries, most notably the United States. But the fact remains that Africa has been the focus of a court based in Europe, and given that memories of colonialism are in some places still fresh and very raw, that raises hackles. » D. A. GRAHAM, « How a Suspected War Criminal Got Away », *The Atlantic*, 16 juin 2015, <http://www.theatlantic.com/international/archive/2015/06/omar-bashir-sudan-icc/395930/>, consulté le 12 mai 2016.

³⁰⁰ C. CHÂTELOT, « Hissène Habré, piégé par sa stratégie de défense », *Le Monde*, 12 février 2016, http://www.lemonde.fr/international/article/2016/02/12/hissene-habre-piege-par-sa-strategie-de-defense_4864290_3210.html, consulté le 12 mai 2016.

³⁰¹ S. M. MEISENBERG, « Charles Taylor Case », *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford Public International Law, Oxford University Press, Juillet 2014, point 4.

³⁰² « The Trial Chamber convicted Taylor on all eleven counts of the Indictment and found him individually criminally liable under Article 6(1) of the Statute for aiding and abetting the commission of crimes, charged in all eleven counts, between 30 November 1996 and 18 January 2002 in the Districts of Bombali, Kailahun, Kenema, Kono, Port Loko and Freetown and the Western Area. It further found Taylor individually criminally liable under Article 6(1) of the Statute for planning the commission of crimes, charged in all eleven counts, between December 1998 and February 1999 in the Districts of Bombali, Kailahun, Kono, Port Loko and Freetown and the Western Area and that were committed in the attacks on Kono and Makeni in December 1998, and in the invasion of and retreat from Freetown, between December 1998 and February 1999 ». Special Court for Sierra Leone, Ch. d'appel, *Le Prosecutor c. Charles Ghankay Taylor*, 26 septembre 2013, § 13, <http://www.rscsl.org/Documents/Decisions/Taylor/Appeal/1389/SCSL-03-01-A-1389.pdf>

³⁰³ X., « Sierra Leone: L'ex président Charles Taylor condamné à 50 ans de prison », *Le Vif*, 30 mai 2012, <http://www.levif.be/actualite/international/sierra-leone-l-ex-president-charles-taylor-condamne-a-50-ans-de-prison/article-normal-164667.html>, consulté le 14 mai 2016.

³⁰⁴ S. M. MEISENBERG, *op.cit.*, point 4.

introduira une action similaire devant le tribunal lui-même. La chambre d'appel du tribunal déclarera : « [o]n a combined reading of Article 1 and Article 6 of the Statute of the Special Court in which it is clear that the court has competence to prosecute persons who bear the greatest responsibility for serious violations of international humanitarian law and Sierra Leonean law (Article 1) and the official position (including as Head of State) of such persons shall not relieve them of criminal responsibility nor mitigate punishment (Article 6(2)) »³⁰⁵. Il ajoute, se référant aux exceptions à l'immunité de responsables étatiques que la Cour internationale de Justice a dégagées dans l'*Affaire du mandat d'arrêt* : « [i]n the *Yerodia* case similar provisions in the ICTY Statute and the Statute of the International Criminal Court ('ICC') were interpreted as making persons holding high office, including Heads of State, subject to criminal proceedings for certain offences 'before certain criminal courts' »³⁰⁶. Le tribunal conclut qu'il répond bien à la définition de cour pénale internationale³⁰⁷ et qu'il peut par conséquent juger Charles Taylor. Il ne s'agit donc pas *in casu* de l'immunité d'un ancien chef d'Etat devant les cours et tribunaux d'un Etat étranger mais il s'agit néanmoins d'un développement intéressant étant donné que les poursuites ont été intentées à l'encontre d'un chef d'Etat toujours en exercice... Il s'agit, de plus, du premier ancien chef d'Etat à être condamné pour crimes contre l'humanité et crimes de guerre depuis le procès de Nuremberg³⁰⁸.

Revenant à notre sujet, l'immunité d'anciens chefs d'Etat en ce qui concerne les crimes de torture, nous constatons que la position internationale semble donc se dessiner à la lumière de ce que nous avons avancé ci-dessus. L'immunité *ratione personae* d'un chef d'Etat en fonction empêche toute poursuite par les juridictions étrangères. L'immunité *ratione materiae* dont bénéficient les anciens chefs d'Etat dans l'exécution d'actes officiels, quant à elle, écarte la possibilité de poursuivre pénalement l'ancien chef d'état. La seule exception notable à ce principe concerne la commission de crimes internationaux, uniquement si ceux-ci sont considérés comme des crimes pour lesquels l'Etat est soumis conventionnellement à une obligation de poursuivre ces crimes dans son ordre juridique national, à savoir notamment les crimes de guerres en application de Conventions de Genève du 12 août 1949³⁰⁹.

³⁰⁵ Special Court for Sierra Leone, Ch. d'appel, *Le Prosecutor c. Charles Ghankay Taylor – Decision on immunity from jurisdiction*, 31 mai 2004, § 28, <http://www.rscsl.org/Documents/Decisions/Taylor/Appeal/059/SCSL-03-01-I-059.pdf>.

³⁰⁶ Special Court for Sierra Leone, Ch. d'appel, *Le Prosecutor c. Charles Ghankay Taylor – Decision on immunity from jurisdiction*, *ibidem*, § 28.

³⁰⁷ Special Court for Sierra Leone, Ch. d'appel, *Le Prosecutor c. Charles Ghankay Taylor – Decision on immunity from jurisdiction*, *ibidem*, § 41 et 42.

³⁰⁸ S. M. MEISENBERG, *op.cit.*, point 1.

³⁰⁹ H. FOX et P. WEBB, *op. cit.*, p. 555.

4. Torture et immunité d'un ancien chef d'Etat en droit international coutumier

En ce qui concerne le droit international conventionnel, la Convention contre la Torture établit expressément, en son article 5, une compétence proche de la compétence universelle que doivent respecter les Etats parties³¹⁰. L'article 5 prévoit effectivement une compétence tant personnelle que territoriale mais ajoute également que la présence de l'individu responsable sur le territoire d'un Etat parti est suffisante pour établir la juridiction de l'Etat. Il est donc indiscutable, au vu de ce que nous avons avancé ci-dessus, que les actes de torture permettent effectivement de mettre à mal l'immunité des anciens chefs d'Etat et d'attribuer la compétence de juger de tels actes à un grand nombre d'Etats afin de combattre l'impunité sur la scène internationale.

Mais qu'en est-il de l'émergence d'une exception en droit international coutumier qui viendrait à s'appliquer, indépendamment d'obligations conventionnelles, à l'immunité d'un ancien chef d'Etat ?

Nous avançons à ce sujet que l'immunité *ratione materiae* ne peut subsister en cas de violation du *jus cogens*, indépendamment de l'existence d'une convention internationale, conformément à l'opinion de Lord Millet³¹¹. En effet, si cette immunité est considérée comme « a significant legal right that states grant one another so that the sovereign may responsibly pursue his or her nation's mission without fear of adjudication »³¹², c'est bien cette mission qui lui permet de bénéficier de la protection qu'offre l'immunité. Si le droit international condamne sans

³¹⁰ « Article 5.

1. Tout Etat partie prend les mesures nécessaires pour établir sa compétence aux fins de connaître des infractions visées à l'art. 4 dans les cas suivants:

a) Quand l'infraction a été commise sur tout territoire sous la juridiction dudit Etat ou à bord d'aéronefs ou de navires immatriculés dans cet Etat;

b) Quand l'auteur présumé de l'infraction est un ressortissant dudit Etat;

c) Quand la victime est un ressortissant dudit Etat et que ce dernier le juge approprié.

2. Tout Etat partie prend également les mesures nécessaires pour établir sa compétence aux fins de connaître des dites infractions dans le cas où l'auteur présumé de celle-ci se trouve sur tout territoire sous sa juridiction et où ledit Etat ne l'extrade pas conformément à l'art. 8 vers l'un des Etats visés au par. 1 du présent article.

3. La présente Convention n'écarter aucune compétence pénale exercée conformément aux lois nationales. » Convention contre la Torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, *op. cit.*

³¹¹ Celui-ci déclare effectivement : « In my opinion, crimes prohibited by international law attract universal jurisdiction under customary international law if two criteria are satisfied. First, they must be contrary to peremptory norm of international law so as to infringe a *jus cogens*. Secondly, they must be so serious and on such a scale that they can justly be regarded as an attack upon the international legal order. » *Ex Parte Pinochet (HLIII)*, *op. cit.*, Opinion de Lord Millet.

³¹² J. HOROWITZ, *op. cit.*, p. 523.

exception les actes de torture, il ne peut raisonnablement être défendu que ceux-ci font cependant partie de la mission d'un chef d'Etat en tant qu'organe et représentant de son pays.

Notre argument défendant que l'immunité cède en cas de violations de *jus cogens* est également basé sur une simple analyse de la nature des normes en présence. Si le caractère péremptoire de la règle prohibant la torture ne fait aujourd'hui plus aucun doute, la nature du principe d'inviolabilité du souverain est, quant à elle, de simple origine coutumière. Si, ou plutôt lorsque ces deux principes viennent à s'entrechoquer, il ne devrait, selon nous, n'y avoir aucune hésitation. « Since *jus cogens* norms enjoy the highest status within international law, they prevail and invalidate other rules of international law »³¹³ L'immunité d'un ancien chef d'Etat ne peut par conséquent mettre en échec la poursuite d'une violation du *jus cogens*, et plus particulièrement, d'une violation de l'interdiction de la torture.

Tant le TPIY que le TPIR reconnaissent la prévalence de la responsabilité individuelle en cas de violation d'une norme de *jus cogens*. En effet, le TPIY, dans son arrêt *Tadic* dont il a déjà été question ci-dessus, déclare que « Tous ces facteurs confirment que le droit international coutumier impose une responsabilité pénale pour les violations graves de l'article 3 commun, complété par d'autres principes et règles générales sur la protection des victimes des conflits armés internes, et pour les atteintes à certains principes et règles fondamentales relatives aux moyens et méthodes de combat dans les conflits civils »³¹⁴. Le Tribunal dégage donc une règle coutumière de la prévalence des normes contenues dans l'article 3 des Conventions de Genève du 12 août 1949 sur la protection accordée aux responsables étatiques. Cet article concerne tant les atteintes à la vie que les atteintes à l'intégrité corporelle des personnes, y compris la torture, mais également les prises d'otages, les atteintes à la dignité et les condamnations ou exécutions sans jugement³¹⁵. Le TPIR reprend le raisonnement du TPIY à son compte dans son arrêt *Akayesu* du 2 septembre 1998 et déclare : « [t]he list of serious violations which is provided in Article 4 of the Statute is taken from Common Article 3 - which contains fundamental prohibitions as a humanitarian minimum of protection for war victims - and Article 4 of Additional Protocol II, which equally outlines 'Fundamental Guarantees'. The list in Article 4 of the Statute thus comprises serious violations of the fundamental humanitarian guarantees which, as has been stated above, are recognized as part of international customary law. In the opinion of the Chamber, it is clear that the authors of such egregious violations must incur

³¹³ A. BIANCHI, *op. cit.*, p. 262.

³¹⁴ T.P.I.Y. (ONU), Ch. d'appel, 2 octobre 1995, *Le Procureur c. Dusko Tadic, alias « Dule » - arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence*, *op. cit.*, § 134.

³¹⁵ Article 3 commun des quatre Conventions de Genève, *op. cit.*

individual criminal responsibility for their deeds. The Chamber, therefore, concludes the violation of these norms entails, as a matter of customary international law, individual responsibility for the perpetrator »³¹⁶.

Notons cependant que la reconnaissance de cette prévalence des deux tribunaux concerne les crimes de guerre et non les autres crimes de droit international. Il nous semble cependant que le même raisonnement devrait venir à s'appliquer en ce qui concerne les crimes violant la prohibition de la torture, étant donné le statut qui est reconnu à cette prohibition.

Nous nous rangeons entièrement derrière J. HOROWITZ lorsque celui-ci déclare, dès 1999 : « While the Lords were correct in denying immunity for the crimes allegedly committed after the adoption of the Convention against Torture, torture was widely recognized as a *jus cogens* violation and was condemned by the international community long before the existence of the Convention, and thus should be prosecuted anytime and anywhere by any national court. No individual should be able to skirt punishment for committing atrocious acts like those committed during Senator Pinochet's regime »³¹⁷.

Conclusion

L'immunité des anciens chefs d'Etat en ce qui concerne les allégations de torture n'est pas encore une matière consacrée sur la scène internationale et son interprétation reste controversée. Nous maintenons cependant qu'étant donné le caractère et la place particulière qui sont accordés aux normes de *jus cogens* dont la prohibition de la torture fait partie, l'immunité d'un ancien chef d'Etat ne peut simplement mettre en cause la prévalence de ces normes péremptoires. Les actes de torture commis sous l'instigation, avec l'aide ou avec la connaissance d'un chef d'Etat sont donc selon nous des crimes ne permettant pas aux anciens chefs d'Etat d'invoquer leur immunité *ratione materiae*. En ce qui concerne l'immunité des chefs d'Etat toujours en fonction, à savoir la protection offerte par l'immunité *ratione materiae* et l'immunité *ratione personae* combinées, la Cour internationale de Justice y apporte une réponse qui semble définitive, privilégiant la stabilité de l'Etat. Etant donné l'évolution des droits de l'homme, nous espérons que le temps apportera des réponses définitives à ces

³¹⁶ T.P.I.R. (ONU), Ch de première instance, 2 septembre 1998, *Le Procureur c. Jean-Paul Akayesu*, op. cit., § 616 et 617.

³¹⁷ J. HOROWITZ, op cit, p. 527.

questions et qui sait, nous verrons peut-être un jour le droit international condamner un chef d'Etat en exercice pour des crimes commis dans l'exercice de ses fonctions...

Nous ne nous faisons aucune illusion sur la difficulté de la mise en œuvre effective d'une règle coutumière concernant la justiciabilité des actes de torture commis par des anciens chefs d'Etat. Comme le relève l'arrêt Pinochet, il n'est pas aisé de déterminer si tous les actes de torture commis pendant le mandat du chef d'Etat ou seules les instances de régime systématisant la torture doivent être concernés³¹⁸. Il n'en est pourtant pas moins important, selon nous, de reconnaître que certaines valeurs communes à la communauté internationale ne peuvent tout simplement pas être ignorées, quel que soit le but évoqué.

Ce qui est malheureusement évident à la lecture de la jurisprudence internationale, c'est que l'ordre juridique international ne sait actuellement comment adresser la place toujours grandissante des normes de *jus cogens* et tente tant bien que mal de déterminer quel rôle leur accorder dans le système international. « Central to this process would be the balancing of the efficient enforcement of the most fundamental norms of the international legal order with the ambiguous consequences of such enforcement for customary law and international relations. It is a challenge which national and international courts will increasingly be confronted with in the years to come, as the role of *jus cogens* is bound to become more prominent in an increasingly institutionalized international order, accompanied by an increasing interaction between different set of rules in the international and national legal orders »³¹⁹. Ce sera à la jurisprudence internationale de préciser, au fur et à mesure des décisions, le rôle que le droit international accordera aux normes de *jus cogens*. Nous sommes intimement persuadée qu'étant donnée le développement de ces normes et la cohérence interne importante au système juridique international, les cours et tribunaux n'auront d'autres choix que de reconnaître la prévalence des normes péremptoires.

Nous sommes également d'avis que la justiciabilité des actes de torture mais aussi plus largement des actes de violations du *jus cogens* doit être analysée à la lumière de la politique internationale, des différents pouvoirs présents sur la scène internationale. Cette observation du caractère politique des poursuites a pu être faite à l'époque de la décision de la House of Lords envers l'ancien président Pinochet. La constatation évoquée ci-dessus du manque de cohérence dans la justiciabilité des violations de normes de *jus cogens* ainsi que la côté

³¹⁸ *EX Parte Pinochet (HLIII)*, op. cit., Opinion de Lord Hope of Craighead.

³¹⁹ E. DE WET, op. cit., p. 121.

hautement politique de la scène internationale seront deux grands obstacles à surmonter en ce qui concerne la consécration de la prévalence des normes péremptoires sur les règles internationales coutumières et conventionnelles simples... Malgré les obstacles à venir, nous sommes cependant confiante dans la capacité du droit international de se développer en un droit de plus en plus humain...

Notons, en guise de conclusion, que Pinochet lui-même avait déclaré, dès 1968, « this sovereign authority which is a State's own right, does not at present have an absolute character, not even in the internal order, due to the international atmosphere reigning in the world. When super-states and international organizations appeared, the field of action of the State's power became more and more limited, due to agreements and treaties that are subscribed in the international arena. Multiple obligations and restrictions that nations contracted with each other and with international organizations, have left them virtually without sovereign liberty »³²⁰, reconnaissant par là même le courant juridique qui mènera à sa condamnation...

³²⁰ A. PINOCHET UGARTE, *Introduction to geopolitics*, Santiago, Editorial Andrés Bello, 1981, p. 147.

Bibliographie

Législation

- Accord concernant la poursuite et le châtement des grands criminel de guerre des Puissances européennes de l'axe et statut du tribunal international militaire, signé à Londres le 8 août 1945.
- Convention sur les privilèges et immunités des institutions spécialisées, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 21 novembre 1947, entrée en vigueur le 7 février 1949.
- Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, signée à New York le 9 décembre 1948, approuvée par la loi du 26 juin 1951, *M.B.*, 11 janvier 1952.
- Déclaration universelle des droits de l'homme, adoptée à Paris le 10 décembre 1948.
- Convention (I) de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des maladies dans les forces armées en campagne, adoptée à Genève le 12 août 1949, approuvée par la loi du 3 septembre 1952, *M.B.*, 26 septembre 1952.
- Convention (II) de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer, adoptée à Genève le 12 août 1949, approuvée par la loi du 3 septembre 1952, *M.B.*, 26 septembre 1952.
- Convention (III) de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre, adoptée à Genève le 12 août 1949, approuvée par la loi du 3 septembre 1952, *M.B.*, 26 septembre 1952.
- Convention (IV) de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, adoptée à Genève le 12 août 1949, approuvée par la loi du 3 septembre 1952, *M.B.*, 26 septembre 1952.
- Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, approuvée par la loi du 13 mai 1955, *M.B.*, 19 août 1955.
- Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, signée à Vienne le 23 octobre 1961, approuvée par la loi du 30 mars 1968, *M.B.*, le 6 juin 1968.
- Pacte international relatif aux droits civils et politiques, adopté à New York le 19 décembre 1966, approuvé par la loi du 15 mai 1985, *M.B.*, 6 juillet 1983.

- Convention de Vienne sur le droit des traités, adoptée à Vienne le 23 mai 1969, approuvée par la loi du 10 juin 1992, *M.B.*, 25 décembre 1993.
- Convention américaine relative aux Droits de l'Homme, adoptée à San José le 22 novembre 1969 lors de la Conférence spécialisée interaméricaine sur les Droits de l'Homme.
- Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, adoptée à New-York le 9 décembre 1975 par la Résolution 3452 de l'Assemblée générale des Nations Unies.
- Code de conduite pour les responsables de l'application des lois, résolution 34/169, adoptée à New York le 17 décembre 1979.
- Charte africaine des Droits de l'Homme et des Peuples, adoptée à Nairobi le 27 juin 1981 lors de la 18^e Conférence de l'Organisation de l'Unité Africaine
- Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, signée à New-York le 10 décembre 1984, approuvée par la loi du 09 juin 1999, *M.B.*, 28 octobre 1999.
- Convention interaméricaine pour la prévention et la répression de la torture, adoptée à Cartagena de Indias le 9 décembre 1985 lors de la 15^e session ordinaire de la Commission interaméricaine des Droits de l'Homme.
- Convention Internationale relative aux Droits de l'Enfant, adoptée à New York le 20 novembre 1989, approuvée par la loi du 25 novembre 1989, *M.B.*, 17 janvier 1992.
- Statut actualisé du tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, adopté à New York le 25 mai 1993 par la Résolution 827 du Conseil de Sécurité des Nations Unies.
- Statut du tribunal pénal international pour le Rwanda, adopté à New-York le 8 novembre 1994 par la Résolution 955 du Conseil de Sécurité des Nations Unies.
- Statut de Rome la Cour pénale internationale, adopté à Rome le 17 juillet 1998, approuvé par la loi du 25 mai 2000, *M.B.*, 1^e décembre 2000.
- Charte arabe des Droits de l'Homme adoptée à Tunis en mai 2004 lors du 16^e sommet de la ligue des Etats arabes (modernisation de la Charte arabe des Droits de l'homme de 1994 qui n'était jamais entrée en vigueur).
- Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens, signée à New York le 2 décembre 2004.
- 28 U.S. Code Chapter 97 § 1605 – general exceptions to the jurisdictional immunity of a foreign state.
- U.K. State Immunity Act, Chapter 33, 1978.
- Article 12bis du Titre préliminaire du Code de procédure pénale belge.

Doctrine

- VAN ALEBEEK (R.), « Immunity, Diplomatic », *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford Public International Law, Oxford University Press, Mai 2009.
- ARAI-YOKOI (Y.), « Grading scale of degradation : identifying the threshold of degrading treatment or punishment under article 3 ECHR », *N.Q.H.R.*, Vol. 21/3, 2003.
- BABAN (B. S.), *La mise en cause de la responsabilité pénale du chef de l'Etat*, Bruxelles, Larcier, 2012.
- BARKER (J. C.), « The Future of Former Head of State Immunity after ex Parte Pinochet », *I.C.L.Q.*, Vol. 48, n°4, 1999.
- BARSALOU (O.), « La doctrine de l'objecteur persistant en droit international public », *Rev. quebecoise de droit int.*, 2006, http://rs.sqdi.org/volumes/19.1_barsalou.pdf,.
- BECCARIA (C.), *Des délits et des peines*, 1764, <http://www.thefederalistpapers.org/wp-content/uploads/2013/01/Cesare-Beccaria-On-Crimes-and-Punishment.pdf>, consulté le 12 mai 2016.
- BELLAL (A.), *Immunités et violations graves des droits humains : vers une évolution structurelle de l'ordre juridique international ?*, Bruxelles, Bruylant, 2011.
- BIANCHI (A.), « Immunity versus Human Rights ; the Pinochet case », *E.J.I.L.*, Vol. 10, n°2, 1999.
- BYERS (M.), « The Law and Politics of the Pinochet case », *Duke Journal of Comparative and International Law*, Vol. 10, n°2, 2000.
- CASSESE (A.) et GAETA (P.), *Cassese's International Criminal Law*, 3^e ed. Oxford University Press, 2013.
- CHARNEY (J. I.), « The impact on the international legal system of the growth of international courts and tribunals », *N.Y.U. Journal of International Law and Politics*, Vol. 31, 1999.
- Comité des droits de l'Homme, General comment n° 20 : Article 7 (Prohibition of torture, or other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment), 30 septembre 1992.
- Conseil des droits de l'Homme des Nations Unies, *Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, Addendum: Study on the phenomena of torture, cruel, inhuman or degradind treatment or punishment in the*

world, including an assessment of conditions of detention, 5 février 2010, A/HRC/13/39/Add.5, <http://www.refworld.org/docid/4d8726712.html>.

- CORREA (C.), « Waterboarding Prisoners and Justifying Torture: Lessons for the U.S. from the Chilean Experience », *Human Rights Brief* 14, n°2, Washington College of Law, 2007, p. 21 à 25.
- DEWULF (S.), *The Signature of Evil. (Re)Defining Torture in International Law*, Cambridge, Intersentia, 2011.
- DOSWALD-BECK (L.), *Human Rights in Times of Conflict and Terrorism*, Oxford University Press, 2011.
- FOX (H.) et WEBB (P.), *The law of state immunity*, 3^e ed., Oxford University Press, 2013.
- GOLDMANN (M.), « Arrest Warrant Case (Democratic Republic of the Congo v. Belgium) », *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford Public International Law, Oxford University Press, Janvier 2009.
- HOBBS (P.), « A new kind of international law following the 9/11 disaster? A critical analysis of U.S. Practice, the use of torture and its effects on the international community », *H.R.&I.L.D.*, Vol. 2, 2008, p. 277.
- HOROWITZ (J.), « Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet: Universal Jurisdiction and Sovereign Immunity for Jus Cogens Violations », *Fordham International Law Journal*, Vol. 23, n°2.
- Institut de Droit International, Résolution *L'immunité de juridiction et d'exécution forcée des Etats étrangers*, Session d'Aix-en-Provence, 1954.
- Institut de Droit International, Résolution *Les immunités de juridiction et d'exécution du chef d'Etat et de gouvernement en droit international*, Session de Vancouver, 2001.
- KAMTO (M.), « Une troublante 'immunité totale' du ministre des affaires étrangères, *Rev. b. dr. int.*, n°1, 2002.
- KLABBERS (J.), *International Law*, Cambridge University Press, 2008.
- KOLB (R.), « Théorie du ius cogens international », *R.B.D.I.*, 2003/1.
- KRETZMER (D.), « Torture, Prohibition of », *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford Public International Law, Oxford University Press, décembre 2010.
- LONG (D.), *Guide de jurisprudence sur la torture et les mauvais traitements*, APT, Genève, 2002, http://www.apr.ch/content/files_res/Article3_fr.pdf.
- MEISENBERG (S. M.), « Charles Taylor Case », *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford Public International Law, Oxford University Press, Juillet 2014.

- MILANO (L.), « Les immunités issues du droit international dans la jurisprudence européenne », *Rev. trim. dr. h.*, n° 76, 2008.
- NIETVO-NAVIA (R.), « International Peremptory Norms (*Jus Cogens*) and International Humanitarian Law », *Man's inhumanity to man, essays on international Law in honour of Antonio Cassese*, La Haye, Kluwer Law International, 2003.
- OTSHUDI OKONDJO WON YANGONDO (L.), *L'immunité de juridiction pénale des dirigeants étrangers accusés de crimes contre l'Humanité*, Publibook, 2009.
- Parry & Grant *Encyclopaedic Dictionary of International Law*, v° immunity/ies, 3^e ed., New York, Oxford University Press, 2009.
- PINOCHET UGARTE (A.), *Introduction to geopolitics*, Santiago, Editorial Andrés Bello, 1981.
- POLLARD (M.), « Rotten fruit : state solicitation, acceptance, and use of information obtained through torture by another state », *N.Q.H.R.*, Vol. 23/3, 2005.
- DE QUADRO (F.) et STONE (J. H. D.) Act of State Doctrine », *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford Public International Law, Oxford University Press, Mars 2013.
- REEVES (W. H.), « The Sabbatino Case: The Supreme Court of the United States Rejects a Proposed New Theory of Sovereign Relations and Restores the Act of State Doctrine », *Fordham Law Review*, Vol. 32, Issue 4, 1964.
- ROBERTSON (G.), « Ending impunity : How the International Criminal Law can put Tyrants on trial », *Cornell International Law Journal*, Vol. 38, Issue 3, Art. 1, 2005.
- ROSS (M. S.), « Rethinking diplomatic immunity: A review of remedial approaches to adress the abuses of diplomatic privileges and immunities », *American University International Law Review*, Vol. 4, n°1, 2011.
- SANDS, « International Law Transformed? From Pinochet to Congo », *Leiden Journal of International Law*, Vol. 16, n°1, 2003.
- SHAW (M. N.), *International Law*, 6th Edition, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.
- SISON (G.), « A King No More: The Impact of the Pinochet Decision on the Doctrine of Head of State Immunity », *Washington University Law Review*, Vol. 78, n°4, 2000.
- STOLL (P.-T.), « State Immunity », *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford Public International Law, Oxford University Press, Avril 2011.
- TLADI (D.), *Annexe au Rapport de la Commission du droit international*, 66^e session – *Jus Cogens*, A/69/10, <http://legal.un.org/ilc/reports/2014/english/annex.pdf>.

- WATTS (A.), « Heads of State », *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford Public International Law, Oxford University Press, October 2010.
- WEDGWOOD (R.), « International Criminal Law and Augusto Pinochet », *Virginia Journal of International Law*, n°40, 2000.
- DE WET (E.), « The Prohibition of torture as an International Norm of *jus cogens* and Its Implications for National and Customary Law », *E.J.I.L.*, Vol. 15, n° 1, 2004.
- X., *Compétence Universelle – Un dossier électronique du centre de droit international de l’Université Libre de Bruxelles*, <https://competenceuniverselle.wordpress.com/>, consulté le 13 mai 2016.
- X., *Dictionnaire de droit international public*, sous la direction de J. SALMON, Bruxelles, Bruylant, 2001.
- X., « Définition : immunité », *Le Larousse*, <http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/immunit%C3%A9/41753>.
- X., « Définition : torture », *Le Larousse*, <http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/torture/78580>.
- X., *La Torture en Droit International – Guide de jurisprudence*, APT et CEJIL, 2008, http://www.apr.ch/content/files_res/jurisprudencguidfrench.pdf.
- X., « Le terrorisme, la lutte antiterroriste et la torture – Droit international et lutte contre le terrorisme », Londres, *Redress*, juillet 2004, http://www.redress.org/downloads/publications/TerrorismReport_fr.pdf.
- X., « Quelle est la définition de la torture et des mauvais traitements ? », *CICR Ressources*, <https://www.icrc.org/fre/resources/documents/misc/69vhm2.htm>.
- X., « Questions les plus fréquemment posées sur les aspects du droit international touchant la lutte contre le terrorisme », *UNDOC*, New-York, 2000.
- X., *Nation Unies – Collection des Traités*, https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=III-3&chapter=3&lang=fr.
- X., « Torture ou mauvais traitements », *Amnesty International*, ajouté le 11 octobre 2005, <http://www.amnesty.be/decouvrir-nos-campagnes/stop-a-la-torture/la-torture-ca-ne-sert-a-rien/article/torture-et-mauvais-traitements-les>.
- X., *Troisième rapport sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens*, Extrait de l’Annuaire de la Commission de droit international, 181, Vol. II(1, p. 146.

Jurisprudence

- C.I.J., *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader* (Belgique c. Sénégal), 20 juillet 2012, <http://www.icj-cij.org/docket/files/144/17064.pdf>.
- C.I.J., *Affaire relative à certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale* (Djibouti c. France), 4 juin 2008.
- C.I.J., *Affaire des activités armées sur le territoire du Congo – Compétence de la cour et recevabilité de la requête* (République Démocratique du Congo c. Rwanda), 3 février 2006, <http://www.icj-cij.org/docket/files/126/10435.pdf>.
- C.I.J., *Affaire relative au mandat d'arrêt du 11 avril 2000* (République Démocratique du Congo c. Belgique), 14 février 2002, <http://www.icj-cij.org/docket/files/121/8125.pdf>.
- C.I.J., *Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique), 27 juin 1986, <http://www.icj-cij.org/docket/files/70/6502.pdf>.
- C.I.J., *Affaire de la Barcelona Traction, Light and Power Company Limited* (Belgique c. Espagne), 5 février 1970, <http://www.icj-cij.org/docket/files/50/5387.pdf>.
- Comité contre la Torture, Communication n°181/2001, 36^e session, 17 mai 2006 http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CAT%2FC%2F36%2FD%2F181%2F2001&Lang=fr.
- Union Africaine, *Hissene Habre Case*, 2 août 2006, <https://www.hrw.org/news/2006/08/02/decision-hissene-habre-case-and-african-union-doc-assembly/au/3-vii>.
- Inter-Am. Ct. H.R., affaire *Tibi c. Equateur*, 7 septembre 2004, § 149, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_ing.pdf.
- Inter-Am. Ct. H.R. affaire *Gomez-Paquiayauri Brothers c. Pérou*, 8 juillet 2004, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_110_ing.pdf.
- Inter-Am. Ct. H.R. affaire *Velasquez-Rodriguez c. Honduras*, 29 juillet 1988, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_ing.pdf.
- Tribunal Militaire International de Nuremberg, R. H. Jackson, 21 novembre 1945.
- Tribunal militaire international, 1^{er} octobre 1946, § 447.
- T.P.I.R. (ONU), Ch de première instance, 2 septembre 1998, *Le Procureur c. Jean-Paul Akayesu*, <http://unictr.unmict.org/sites/unictr.org/files/case-documents/ictr-96-4/trial-judgements/en/980902.pdf>.

- T.P.I.Y. (ONU), Ch. de première instance, 12 juin 2007, *Le Procureur c. Milan Martić*, <http://www.icty.org/x/cases/martic/tjug/fr/090612f.pdf>.
- T.P.I.Y. (ONU), Ch. de première instance, 30 novembre 2005, *Le Procureur c. Fatmir Limaj et al.*, <http://www.icty.org/x/cases/limaj/tjug/en/lim-tj051130-e.pdf>.
- T.P.I.Y. (ONU), Ch. d'appel, 12 juin 2002, *Le Procureur c. Dragoljub Kunarac et al.*, <http://www.icty.org/x/cases/kunarac/acjug/fr/kun-aj020612f.pdf>.
- T.P.I.Y. (ONU), Ch. de première instance, 15 mars 2002, *Le procureur c. Milorad Krnojelac*, <http://www.icty.org/x/cases/karnojelac/tjug/en/krn-tj020315e.pdf>;
- T.P.I.Y. (ONU), Ch. de première instance, 22 février 2001, *Le Procureur c. Dragoljub Kunarac et al.*, <http://www.icty.org/x/cases/kunarac/tjug/en/kun-tj010222e.pdf>.
- T.P.I.Y. (ONU), Ch. de première instance, 2 novembre 2001, *Le Procureur c. Miroslav Kvocka et al.*, <http://www.icty.org/x/cases/kvocka/tjug/en/kvo-tj011002e.pdf>.
- T.P.I.Y. (ONU), Ch. de première instance, 10 décembre 1998, *Le Procureur c. Anto Furundžija*, <http://www.icty.org/x/cases/furundzija/tjug/en/fur-tj981210e.pdf>.
- T.P.I.Y. (ONU), Ch. de première instance, 16 novembre 1998, *Le Procureur c. Zdravko Mucić et al.*, http://www.icty.org/x/cases/mucic/tjug/en/981116_judg_en.pdf.
- T.P.I.Y. (ONU), Ch. d'appel, 2 octobre 1995, *Le Procureur c. Dusko Tadić, alias « Dule » - arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence*, <http://www.icty.org/x/cases/tadic/acjug/fr/tad-aj951002.pdf>.
- Special Court for Sierra Leone, Ch. d'appel, *Le Prosecutor c. Charles Ghankay Taylor*, 26 septembre 2013, <http://www.rscsl.org/Documents/Decisions/Taylor/Appeal/1389/SCSL-03-01-A-1389.pdf>
- Special Court for Sierra Leone, Ch. d'appel, *Le Prosecutor c. Charles Ghankay Taylor – Decision on immunity from jurisdiction*, 31 mai 2004, <http://www.rscsl.org/Documents/Decisions/Taylor/Appeal/059/SCSL-03-01-I-059.pdf>.
- Cour eur. D.H., affaire *Aktas c. Turquie*, 24 avril 2003 (rectifiée le 23 octobre 2003), [http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-61055#{\"itemid\":\[\"001-61055\"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-61055#{\).
- Cour eur. D.H., arrêt *Dikme c. Turquie*, 11 juillet 2000, [http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-63310#{\"itemid\":\[\"001-63310\"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-63310#{\).
- Cour eur. D.H., arrêt *Ilhan c. Turquie*, 27 juin 2000, [http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-63270#{\"itemid\":\[\"001-63270\"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-63270#{\).
- Cour eur. D.H., arrêt *Salman c. Turquie*, 27 juin 2000, [http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-63271#{\"itemid\":\[\"001-63271\"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-63271#{\).

- Cour eur. D.H., arrêt *Selmouni c. France*, 28 juillet 1999, [http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-62842#{"itemid":\["001-62842"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-62842#{)
- Cour eur. D.H., arrêt *Aksoy c. Turquie*, 18 décembre 1996, § 64, [http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-62563#{"itemid":\["001-62563"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-62563#{).
- Cour eur. D.H., arrêt *Soering c. Royaume-Uni*, 7 juillet 1989, [http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57619#{"itemid":\["001-57619"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57619#{).
- Cour eur. D.H., arrêt *Tyrer c. Royaume-Uni*, 25 avril 1978, http://www.coe.int/t/dg3/children%5CSource%5CcaselawCourt%5Ctyrer_fr.doc.
- Cour eur. D.H., arrêt *Irlande c. Royaume-Uni*, 18 janvier 1978, [http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-62064#{"itemid":\["001-62064"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-62064#{).
- House of Lords, *Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet, Rgina Evans and Another and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet (On Appeal from a Divisional Court of the Queen's Bench Division)*, 24 mars 1999.
- House of Lords, *In Re Pinochet – Opinions of the Lords of Appeal for Judgment in the Cause*, 15 janvier 1999.
- House of Lords, *Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and others Ex Parte Pinochet (on appeal from a Divisional Court of the Queen's Bench Division), Regina v. Evans and another and the Commissioner of Police for the Metropolis and others Ex Parte Pinochet (on appeal from a Divisional Court of the Queen's Bench Division)*, 25 novembre 1998.
- The High Court of Justice, Queen's Bench Divisional Court, *In the Matter of an Application for a Writ of Habeas Corpus ad Subjendum. Re: Augusto Pinochet Duarte*, 28 octobre 1998.
- Supreme Court of the United States, *Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino*, 376 U.S. 398, 23 mars 1964.
- Supreme Court of Israel, *Attorney General v. Adolf Eichmann*, 29 mai 1962.
- Cass., 12 mars 2001, S.99.0103.F/1, http://jure.juridat.just.fgov.be/pdfapp/download_blob?idpdf=F-20010312-8.
- Ordonnance du juge d'instruction Vandermeersch à Bruxelles du 6 novembre 1998, http://www.haguejusticeportal.net/Docs/NLP/Belgium/pinochet_mandat_arret_06-11-98.pdf.

Sources diverses

- Bibliothèque des Nations Unies, *Twitter*, 31 décembre 2015, https://twitter.com/UNLibrary/status/682550730717290496/photo/1?ref_src=twsrc%5Etfw, consulté le 11 mai 2016.
- CHÂTELOT (C.), « Hissène Habré, piégé par sa stratégie de défense », *Le Monde*, 12 février 2016, http://www.lemonde.fr/international/article/2016/02/12/hissene-habre-piege-par-sa-strategie-de-defense_4864290_3210.html, consulté le 12 mai 2016.
- DESPROGES (P.), « Torture », *Dictionnaire superflu à l'usage de l'élite et des bien nantis*, 1985.
- FERENCZI (A.), « Le livre le plus recherché de la bibliothèque de l'ONU est une thèse sur l'immunité face aux crimes de guerre », *The Huffington Post*, 7 janvier 2016, http://www.huffingtonpost.fr/2016/01/07/bibliotheque-nations-unie-livre-plus-emprunte_n_8929844.html, consulté le 11 mai 2016.
- GRAHAM (D. A.), « How a Suspected War Criminal Got Away », *The Atlantic*, 16 juin 2015, <http://www.theatlantic.com/international/archive/2015/06/omar-bashir-sudan-icc/395930/>, consulté le 12 mai 2016.
- HAGUE (W.), cité par J. KIRKUP, « William Hague : 'Arab spring' could topple Robert Mugabe », *The Telegraph*, <http://www.telegraph.co.uk/news/worldnews/africaandindianocean/libya/8398938/William-Hague-Arab-spring-could-topple-Robert-Mugabe.html>, consulté le 11 mai 2016.
- LAMONICA (G.), « Palin: 'Waterboarding is how we baptize terrorists' », *CNN*, 28 avril 2014, <http://politicalticker.blogs.cnn.com/2014/04/28/palin-waterboarding-is-how-we-baptize-terrorists/>, consulté le 11 mai 2016.
- MCCARTHY (T.), « Donald Trump: I'd bring back 'a hell of a lot worse than waterboarding' », *The Guardian*, 7 février 2016, <http://www.theguardian.com/us-news/2016/feb/06/donald-trump-waterboarding-republican-debate-torture>, consulté le 11 mai 2016.
- TATE (J.), *Letter*, 1952.
- VOLTAIRE, « Torture », *Dictionnaire philosophique*, 1764.
- WESTON (P.), « Hissène Habré, 'Africa's Pinochet' », *The Telegraph*, 20 juillet 2015, <http://www.telegraph.co.uk/news/worldnews/africaandindianocean/chad/11751433/Hissene-Habre-Africas-Pinochet.html>, consulté le 14 mai 2016

- WING (N.), « Torture à la CIA : les passages les plus terrifiants du rapport du Sénat américain », *Le Huffington Post*, 10 décembre 2014, http://www.huffingtonpost.fr/2014/12/10/torture-cia-passages-terrifiants-rapport-senat-americain_n_6299652.html, consulté le 11 mai 2016.
- X., « Chili : 1973 : Anatomie d'un coup d'Etat », *L'Histoire*, n°391, août 2013, p. 52.
- X., « Chili. La justice à la portée des victimes de Pinochet », *Amnesty International*, <http://www.amnesty.fr/Presse/Communiqués-de-presse/Chili-La-justice-la-portee-des-victimes-de-Pinochet-12769>, consulté le 12 mai 2016.
- X., « Salvador Allende », *Encyclopaedia Britannica*, <http://www.britannica.com/biography/Salvador-Allende>, consulté le 14 mai 2016.
- X., « Sierra Leone: L'ex président Charles Taylor condamné à 50 ans de prison », *Le Vif*, 30 mai 2012, <http://www.levif.be/actualite/international/sierra-leone-l-ex-president-charles-taylor-condamne-a-50-ans-de-prison/article-normal-164667.html>, consulté le 14 mai 2016.

Place Montesquieu, 2 bte L2.07.01, 1348 Louvain-la-Neuve, Belgique www.uclouvain.be/drt

