

L'immunité pénale des chefs d'Etat en matière financière. Vers une exception pour les actes de pillage de ressources et de corruption ?

par

MARC HENZELIN*

Sommaire

- I. La théorie de l'immunité pénale des chefs d'Etat
- II. Les bases légales de l'immunité pénale des chefs d'Etat
- III. Les crimes de droit international
- IV. La saisie/confiscation de fonds de chefs d'Etat
 - A. Les anciens chefs d'Etat
 - B. Les chefs d'Etat en exercice
- V. La pratique et le principe en Suisse : l'arrêt *Marcos*
- VI. L'affaire du *Président Bongo* et le défaut de qualité des bénéficiaires économiques de comptes en banque pour soulever l'argument de l'immunité
- VII. L'affaire de la *République du Kazakhstan* et la distinction entre actes « *de iure imperii* » / « *de iure gestionis* » pour les chefs d'Etat en exercice
- VIII. La critique de l'évolution jurisprudentielle des affaires *Bongo* et *République du Kazakhstan*
- IX. Conclusion

I. La théorie de l'immunité des chefs d'Etat

Selon la théorie classique du droit international, un Etat ne peut juger pénalement un chef d'Etat étranger en exercice et encore moins le contraindre pénalement, sauf à vouloir juger l'Etat étranger lui-même,

* Docteur en droit, LL. M. (Exeter), avocat aux barreaux de Genève et Vaud, chargé de cours, Université de Genève – L'auteur remercie Me Jean-Flavien Lalive, les professeurs Pierre Lalive et Robert Roth, ainsi que Jeanne Durlemann pour leur relecture, leurs commentaires et corrections.

représenté par son souverain.¹ Traditionnellement, le chef d'Etat *incorpore* l'Etat.² Le système westphalien, qui régit encore à ce jour la société internationale, pose les Etats en égaux et les affirme indépendants les uns par rapport aux autres : « *par in parem non habet imperium* ».³ Les chefs d'Etat en exercice sont ainsi placés « *au-dessus des lois de tout Etat étranger* ».⁴ Ils bénéficient d'une immunité pénale « *in personam* ». Cette position est très généralement admise par les Etats⁵ et la

¹ DAILLIER, P./PELLET, A., *Droit international public*, 6^e éd., Paris 1999, n° 289 ; DOMINICE, C., *Problèmes actuels des immunités juridictionnelles internationales*, in : Centre international Bancaja pour la Paix et le Développement, Cours Euro-Méditerranées Bancaja de Droit International, vol. II, Aranzadi 1998, p. 305 ss, p. 337. Selon Pufendorf, « le pouvoir de punir est une partie du droit de commander, et (...) ainsi il n'appartient qu'aux supérieurs d'infliger des peines proprement ainsi nommées », et « toute peine proprement ainsi nommée, quel qu'en soit le but, ne peut être infligée que par une personne qui a autorité sur le coupable » (PUFENDORF, S., *Le droit de la nature et des gens* (1732), trad. Barbeyrac, Caen 1989, t. III, liv. VIII, ch. III, § VII et X). Selon une théorie plus moderne, le chef d'Etat n'apparaîtrait plus que comme « un organe de l'Etat » et son immunité aurait pour but de lui permettre d'assurer les fonctions essentielles de l'Etat (théorie de l'immunité *fonctionnelle*) (DAHM, G./DELBRÜCK, J./WOLFRUM, R., *Völkerrecht*, 2^e éd., Berlin (etc.) 1989, t. I/1, p. 453 ss, p. 456 ; DOMINICE, C., *Immunités de juridiction et d'exécution des Etats et chefs d'Etat étrangers*, Fiche juridique suisse 1992, n° 0934 ; KRAFFT, M., *Les privilèges et immunités diplomatiques en droit international – Leurs conséquences pour l'instruction pénale*, Revue pénale suisse (RPS) 1984, p. 141–142 ; SALMON, J., *Immunités et actes de la fonction*, Annuaire français de droit international (AFDI) 1992, p. 314 ss. Ce dernier auteur cite un certain nombre de jurisprudences ayant refusé l'immunité du fait que les crimes et délits ont été commis pour des motifs personnels (*ibid.*, p. 328–329).

² KANTOROWICZ, E. H., *Les deux corps du roi : essai sur la théologie politique au moyen-âge* (1927), Paris 1989.

³ « A nation would justly be considered as violating its faith, although that faith might not be expressly plighted, which should suddenly and without previous notice, exercise its territorial powers in a manner not consonant to the usages and received obligations of the civilized world. (...) One sovereign being in no respect amenable to another, and being bound by obligations of the highest character not to degrade the dignity of his nation, by placing himself or its sovereign rights within the jurisdiction of another, can be supposed to enter a foreign territory only under an express license, or in the confidence that the immunities belonging to his independent sovereign station, though not expressly stipulated, are reserved by implication, and will be extended to him » (*The Schooner Exchange v. McFaddon*, United States, Supreme Court, Cranch 1812, p. 116, reproduit in : BRIGGS, H., *The Law of Nations. Cases, Documents, and Notes*, New York 1947, p. 241, 242).

⁴ Formule utilisée par la Cour d'appel d'Alger dans un jugement *Ben Aead c. Bey de Tunis*, Journal de droit international (JDI) 1914, p. 1290. Voir MALANCZUK, P., *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, 7^e éd., Londres/New York 1997, p. 119.

⁵ Voir la note adressée le 9 mars 1983 par le Département fédéral des Affaires étrangères à l'ambassade d'un Etat étranger à Berne (Annuaire suisse de droit international [ASDI] 1984, p. 182 ss). La Direction du droit international public (DDIP) du Département fédéral des affaires étrangères (DFAE) a également adressé, le 12 décembre 1997, une communication dans le même sens à un juge d'instruction genevois (Revue

doctrine⁶. Elle était notamment celle du Tribunal fédéral dans l'affaire *Marcos*⁷, des Lords, unanimes à ce sujet, dans l'affaire *Pinochet*⁸. Elle a été admise également, en mars 2001, par la Chambre criminelle de la Cour de cassation française dans l'affaire *Khadafi*⁹.

A cette explication très « internationaliste », il faut en ajouter une autre, plus philosophique ou sociologique : selon Rousseau et Beccaria, le souverain et ses tribunaux sont les seuls dépositaires du contrat social pour juger pénalement ceux qui ont transgressé le contrat de bien public.¹⁰ Et pour Durkheim, les actes criminels sont uniquement ceux qui semblent nuisibles à une société particulière.¹¹ Quelle est dès lors la légitimité d'un souverain et de ses tribunaux pour poursuivre et juger des actes commis par des souverains étrangers, qui s'inscrivent par définition hors du pacte social ?¹²

suisse de droit international et de droit européen [RSDIE] 1998, p. 667 ss). Enfin, cette position a été réaffirmée dans un avis de droit du 17 décembre 1998 du DDIP adressé au Ministère public de la Confédération (RSDIE 1999, p. 696 ss).

⁶ Voir notamment BRÖHMER, J., *State immunity and the violation of human rights*, The Hague 1997 ; JENNINGS, R./WATTS, A., *Oppenheim's International Law*, 9^e éd., Harlow 1992, vol. I, p. 1036 ss ; KREN KOSTKIEWICZ, J., *Staatenimmunitäten im Erkenntnis- und im Vollstreckungsverfahren nach schweizerischem Recht*, Berne 1998, p. 90 ss, p. 92 ; ROUSSEAU, Ch., *Droit international public*, Paris 1980, t. IV, p. 123 ss ; SALMON, J., *Manuel de droit diplomatique*, Bruxelles 1994, p. 599 ; WATTS, A., *The Legal Position in International Law of Heads of States, Heads of Governments and Foreign Ministers*, Recueil des cours de l'académie de La Haye (RCADI) 1994, t. 247, vol. III, p. 9-130.

⁷ ATF 113 Ib 257, consid. 7 ; ATF 115 Ib 496, consid. 5 b).

⁸ House of Lords, 2^e décision, 24 mars 1999, *Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet* ; *Regina v. Evans and Another and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet*. La deuxième décision est reproduite in : International Legal Material (ILM) 1999, p. 581 ss. La première décision, qui date du 25 novembre 1998, est reproduite in : ILM 1998, p. 1302 ss.

⁹ « La coutume internationale s'oppose à ce que les chefs d'Etat en exercice puissent, en l'absence de dispositions internationales contraires, faire l'objet de poursuites devant les juridictions pénales d'un Etat étranger » (affaire *Khadafi*, Cass. Crim., 13 mars 2001, p. 1414).

¹⁰ « La volonté générale de tout un Peuple n'est point générale pour un particulier étranger, car ce particulier n'est pas membre de ce peuple », ROUSSEAU, J.-J., *Le contrat social*, 1^{ère} version (1754), Paris 1964, t. III, liv. II, ch. IV. Voir également BECCARIA, C., *Des délits et des peines* (1764), Genève 1965, p. 11.

¹¹ DURKHEIM, E., *De la division du travail social* (1930), 5^e éd., Paris 1998, p. 35 ss.

¹² La théorie du contrat social permet de juger un étranger ayant commis un crime sur le territoire national en invoquant la fiction qu'en pénétrant sur le territoire en question, il se soumet à l'ordre juridique de l'Etat visité. Une telle fiction est évidemment plus difficile à admettre pour un chef d'Etat étranger. Voir Vattel, E., *Le droit des gens, ou principes de la loi naturelle appliquée à la conduite et aux affaires des nations et des souverains* (1757), Neuchâtel 1773, p. 289 : « Le prince qui se trouve en pays étranger (...) ne peut être traité comme sujet aux lois communes dès qu'il se fera connaître, car on ne présume pas qu'il ait consenti à s'y soumettre ; et si on ne veut pas le souffrir sur ce pied-là, il faut l'avertir ».

Deux théories entre autres justifient ce pouvoir : la première prône l'existence d'un droit naturel extérieur à tout Etat et à toute société. La deuxième affirme l'existence d'une société ayant la capacité de produire du droit en dehors de l'Etat.

La première théorie est généralement défendue par les partisans des droits de l'homme, qui affirment l'existence d'un noyau dur de droits intangibles et opposables à l'Etat (droit à la vie, à la propriété, etc.) ou aux autres individus (obligation de respecter la vie, la propriété, etc.). Des sanctions pénales seraient naturellement attachées à ces devoirs pour assurer leur respect. Le problème est que nul ne sait qui peut se poser en héraut de ces droits naturels, si ce n'est la société ou l'Etat eux-mêmes. Les souverains, éventuellement la société internationale, en tant que pouvoir légiférant au-dessus du souverain, doivent nécessairement servir de médiateurs, d'instruments d'application du droit naturel pour le transformer en droits de l'homme positifs et *a fortiori* en droit pénal (à notre connaissance, même la Convention européenne des droits de l'homme ne peut servir de base pour une action répressive¹³).

Kelsen rappelait très judicieusement à ce sujet qu'il ne peut y avoir de distinction entre « *mala in se* » et « *mala prohibita* », à savoir entre une conduite mauvaise en soi et une conduite qui n'est mauvaise que parce qu'un ordre social positif l'interdit : il n'y a pas de « *mala in se* » du tout, il n'y a que des « *mala prohibita* », car un comportement est un crime seulement s'il est prohibé. Il ne s'agit là que de la conséquence des principes généralement admis dans la théorie du droit pénal : *nulla poena sine lege, nullum crimen sine lege*.

Or, dans l'esprit positiviste du pénaliste type, le souverain agissant en tant que tel ne peut être criminel, car il est précisément celui qui désigne ce qui est criminel, hormis les cas où le droit pénal est défini au niveau international. Hors du souverain, point de définition du crime et du criminel. Dans quelle mesure une entité totalement extérieure au souverain, à savoir un souverain étranger, peut-elle, dans cette acception, déclarer qu'un autre souverain ayant agi en sa capacité officielle a commis un crime et qu'il est un criminel ?

C'est précisément la question à laquelle la deuxième théorie, celle du « *jus cogens* », en tant que droit impératif produit par la société uni-

¹³ Article 7 CEDH ; CEDH, affaire *Kokkinakis c. Grèce* du 25 mai 1993, série A n° 260-A, p. 22, § 52. Ce passage obligé des droits de l'homme par le droit pénal (écrit), étatique (de la RFA et de la RDA en l'occurrence) ou international, pour condamner pénalement un auteur a notamment été réaffirmé dans les arrêts rendus par la Cour européenne des droits de l'homme dans les affaires CEDH *Streletz, Kessler et Krenz c. Allemagne*, requêtes n° 34044/96, 35532 et 44801/98 du 22 mars 2001 et *K.-H.W. c. Allemagne*, requête n° 37201/97 du 22 mars 2001.

verselle, dégagée de la volonté des Etats¹⁴, essaie de répondre. Il existerait, selon cette théorie, une communauté supérieure, englobante – une « *civitas maxima* » qui pourrait juger des souverains pour des infractions au droit international.¹⁵

Or, il faut bien constater que, sauf rares exceptions¹⁶, la thèse habermassienne de l'accord potentiel au niveau d'une communauté sans limite est rarement affirmée jusqu'à admettre l'imposition du droit pénal par une force supranationale légitime : la communauté internationale est, dans la majorité des cas, dépourvue de toute force propre institutionnalisée. Et le droit pénal étant *intrinsèquement* lié à la force et à l'usage de la force à l'intérieur d'une communauté donnée, il ne peut actuellement que rarement être détaché de l'usage institutionnel de la violence par l'Etat territorial.

Selon la théorie du dédoublement fonctionnel, chère à George Scelle, les Etats eux-mêmes seraient les agents de cette communauté internationale, à défaut pour celle-ci de disposer de la force. En quelque sorte, cette théorie permettrait de dépasser le système westphalien lorsqu'un Etat juge, dans certains cas particuliers, un chef d'Etat étranger *au nom de cette communauté internationale et sur la base d'un droit transcendant les Etats eux-mêmes*, à savoir le droit de cette communauté prise dans son ensemble. Ou plutôt cette théorie superposerait à l'ordre westphalien – applicable dans les relations horizontales entre les Etats – un autre ordre de type vertical entre la communauté internationale et l'Etat agissant comme son bras armé, d'un côté, et un chef d'Etat coupable de crimes internationaux, d'un autre côté.

Cette théorie trouve parfois son pendant en droit interne. Ainsi, certaines sociétés dites primitives, non centralisées, autorisent dans certains cas des individus à agir au nom de la collectivité pour punir un criminel, sans que celle-ci les mandate expressément pour ce faire.¹⁷ De tels schémas ouvrent le plus souvent la porte à des *vendettas* sans fin

¹⁴ Pour une analyse systématique du *jus cogens* et des différentes théories sous-jacentes à ce concept, voir KOLB, R., *Théorie du jus cogens international*, Paris 2001.

¹⁵ Dans ce sens, voir notamment BIANCHI, A., *Immunity versus human rights : The Pinochet Case*, *European Journal of International Law* (EJIL) 1999, p. 249 ss ; BRÖHMER, J., *Diplomatic Immunity, Head of State Immunity, State Immunity: Misconceptions of a Notorious Human Rights Violator*, *Leiden Journal of International Law* (LJIL) 1999, p. 364–365 ; VOUILLOZ, M., *L'immunité du chef d'Etat et le principe de la responsabilité pénale internationale*, *Revue valaisanne de jurisprudence* (RVJ) 2001, p. 129–131.

¹⁶ On songe notamment aux opérations de « *peace enforcement* » suivies d'opérations de « *peace building* » de la communauté internationale qui exerce la justice pénale ordinaire dans un Etat en déliquescence.

¹⁷ Voir ROULAND, N., *Anthropologie juridique*, Paris 1988, p. 308 ss. En général, voir LAPIERRE, J.-W., *Vivre sans Etat ? Essai sur le pouvoir politique et l'innovation sociale*, Paris 1977.

entre tribus. C'est précisément pour cette raison que les sociétés ont évolué vers des systèmes centralisés de répression. La constitution de la Cour pénale internationale est, à ce propos, la plus formidable démonstration de la perception par les Etats de la nécessité d'un organe supranational dans le domaine du droit pénal.

Tant que cette Cour pénale internationale n'est pas constituée et efficace,¹⁸ l'Etat reste l'instrument privilégié de l'exercice du pouvoir de cette communauté internationale.¹⁹ Mais dans ce cas, l'Etat ne peut, de toutes les façons, poursuivre et juger un chef d'Etat étranger que pour des crimes de droit international et non pour des crimes d'ordre étatique.

II. Les bases légales de l'immunité pénale des chefs d'Etat

Quel que soit le fondement de l'immunité pénale des chefs d'Etat, force est d'admettre que celle-ci n'est pas réglée, d'un point de vue général, par un instrument conventionnel multilatéral²⁰ mais par le droit coutumier²¹.

Ainsi, la Convention de Vienne de 1961 sur les relations diplomatiques²² prévoit que les diplomates en poste sont protégés contre toute forme d'arrestation ou de détention et établit leur l'immunité de juri-

¹⁸ Elle ne le sera que pour certaines infractions définies limitativement : les crimes d'agression (pour autant qu'ils soient définis), les crimes de guerre, les crimes contre l'humanité et le génocide.

¹⁹ La compétence de la Cour pénale internationale ne l'emporte d'ailleurs pas forcément sur celle des Etats, selon le principe de la complémentarité incorporé à l'article 17 du Statut de Rome.

²⁰ A l'exception de la Convention européenne sur l'immunité des Etats, Série de traités européens (S.T.E.) 1972, n° 74 ; RS 0.273.1. Celle-ci ne concerne en principe que les procédures civiles, même si elle n'exclut pas expressément le cas des procédures pénales.

²¹ Cette position a encore été rappelée récemment par la Cour internationale de Justice dans l'affaire relative au *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* (République Démocratique du Congo c. Belgique), 14 février 2002, n° 51, <http://www.icj-cij.org/cijwww/cdecisions.htm>. La Cour de cassation française a également rappelé ce principe dans l'affaire *Khadafi* (cité à la n. 9) ; voir COMBACAU, J./SUR, S., *Droit international public*, 4^e éd., Paris 1999, p. 241. En 1991, la CDI a adopté un projet d'articles sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens (rapport de la CDI sur les travaux de sa 43^e session, 10 septembre 1991, A/46/10).

²² Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, 18 avril 1961, 500 U.N.T.S. 95 ; RS 0.191.01.

diction et d'exécution. Cette convention ne règle pas le statut des chefs d'Etat. Elle peut cependant être invoquée « *ad minima minimis* » pour admettre que ceux-ci bénéficient de l'immunité lorsqu'ils sont en visite officielle dans un Etat étranger.²³

La Convention de 1969 sur les missions spéciales²⁴ contient plusieurs règles relatives aux délégués d'Etats étrangers en visite officielle. Ses dispositions sont peu claires sur la portée des facilités, privilèges et immunités reconnus aux chefs d'Etat en visite officielle et la Convention finit par renvoyer, en son article 21, au « droit international » pour régler leur immunité.

En pratique, il semble qu'aucun chef d'Etat *en exercice* n'ait été jugé par un Etat étranger²⁵, sauf dans le cas d'une défaite militaire, auquel cas l'Etat vainqueur ne se prive justement pas d'apparaître comme supérieur à l'Etat défait. En quelque sorte, le sort du chef d'Etat suit dans ce cas celui de son pays : le chef d'Etat n'est plus « *par in parem* » mais subit le « *vae victis* ».

L'affaire de l'empereur Guillaume II, à la fin de la première Guerre mondiale, est tout à fait symptomatique. S'il fut mis en accusation par les puissances alliées, ce ne fut que grâce à l'article 227 du Traité de Versailles, signé par l'Allemagne. Les alliés s'approprièrent ainsi le droit des Allemands de juger leur souverain, ce que l'on connaît en droit pénal sous le terme de compétence par délégation. Et les « infractions » d'« offense suprême contre la morale internationale et l'autorité sacrée des traités » qui lui étaient reprochées sortaient clairement du cadre pénal pour correspondre à des infractions *politiques*. Les Hollandais ne s'y trompèrent d'ailleurs pas. Ils refusèrent l'extradition de l'empereur, en déclarant que les infractions reprochées à l'empereur n'étaient pas comprises dans les traités d'extradition applicables, tout en admettant que Guillaume II aurait éventuellement pu être jugé si une véritable cour pénale internationale avait existé.

Le jugement par les Etats-Unis du général Noriega pour trafic de drogue est assez particulier. En effet, les Etats-Unis connaissent le système de la reconnaissance des gouvernements, en plus de celle des Etats. Or, les Etats-Unis n'avaient précisément jamais reconnu le régime de Noriega et ce dernier n'était pas considéré comme le chef d'Etat du

²³ Voir ATF 115 Ib, 496, consid. 5 c) = SJ 1990, p. 513 ss, suivi d'une note du Prof. Dominicé (affaire *Marcos*). SALMON (cité à la n. 6), p. 596.

²⁴ Convention sur les missions spéciales, 14 décembre 1973, 1035 U.N.T.S. 167 ; RS 0.191.2.

²⁵ Et pour cause, puisqu'un chef d'Etat en exercice ne devrait en principe se rendre à l'étranger que s'il a la certitude de ne pas y être arrêté, ce qui diminue évidemment les risques d'une telle arrestation. Une telle hypothèse se limite dès lors, pour le chef d'Etat qui ne voyage pas, aux cas de défaite militaire.

Panama lorsqu'il fut jugé, mais comme un simple particulier.²⁶ Sans compter que, comme pour le cas de l'empereur, le jugement de Noriega est intervenu suite à une défaite militaire.²⁷

III. Les crimes de droit international

Une question fréquemment posée est celle de savoir s'il faut maintenir l'immunité de juridiction, voire d'exécution, lorsque le chef d'Etat – en exercice ou à la retraite – a commis des crimes sans rapport avec l'exercice normal et généralement autorisé d'une charge exécutive.²⁸ On songe notamment aux crimes dits « de droit international », tels que les crimes de guerre, les crimes contre l'humanité ou de génocide, les crimes de torture. Dans quelle mesure ces crimes peuvent-ils autoriser la levée de l'immunité pénale de leurs auteurs ? Peut-on admettre que la « logique de Nuremberg », pour reprendre la formule du professeur Dupuy²⁹, l'emporte, dans ces cas, sur la logique westphalienne ?³⁰

Ces questions ont été au centre des débats dans l'affaire *Pinochet*³¹, éventuellement dans l'affaire *Khadafi*³². Très récemment, la Cour in-

²⁶ *United States v. Noriega* (1990) 746 F. Sup. p. 1506 ss, p. 1519-1521 ; *U.S. v. Noriega* (1997) 117 F.3d, p. 1206. Sur le sujet, voir HICKEY, C. E., *The Dictator, Drugs and Diplomacy by Indictment : Head of State Immunity in United States v. Noriega*, Connecticut Journal of International Law (Conn. J. Int'l L.) 1989, p. 729 ss, p. 752.

²⁷ Le Comité international de la Croix-Rouge reconnaît ainsi Noriega comme un prisonnier de guerre, au sens de la III^e Convention de Genève de 1949, et le visite régulièrement comme tel.

²⁸ Cette question s'est notamment posée avec une acuité particulière dans l'affaire *Pinochet*. Pour WATTS (cité à la n. 6), p. 54, l'immunité pénale des chefs d'Etat « while absolute at least as regards the ordinary criminal law of other States, has to be qualified in respect of certain international crimes, such as war crimes ».

²⁹ DUPUY, P.-M., *Crimes et immunités, ou dans quelle mesure la nature des premiers empêche l'exercice des seconds*, Revue générale de droit international public (RGDIP) 1999, p. 289 ss, p. 290.

³⁰ Dans ce sens, voir notamment NANDA, V., *Human rights and Sovereign and individual immunities (Sovereign immunity, Act of State, head of State immunity and diplomatic immunity) – some Reflections*, ILSA Journal of International & Comparative Law (ILSA J. Int'l & Comp. L.) 1999, p. 467; VOUILLOZ (cité à la n. 15), p. 127.

³¹ Sur la question de l'immunité des chefs d'Etat ou des anciens chefs d'Etat en relation avec l'affaire *Pinochet*, voir notamment BIANCHI (cité à la n. 15), p. 237 ss ; BOISTER, N./BURCHILL, R., *The implications of the Pinochet decisions for the extradition or prosecution of former South African heads of State for crimes committed under apartheid*, Revue africaine de droit international et comparé (RADIC) 1999, p. 619 ; BYERS, M., *The law and politics of the Pinochet case*, Duke Journal of Comparative and International Law (Duke J. of Comp.

ternationale de Justice a rejeté un tel argument, invoqué par la Belgique pour poursuivre un ancien ministre des Affaires étrangères de la République démocratique du Congo dans le cadre de l'affaire du *Man-dat d'arrêt du 11 avril 2000*³³.

La pratique suisse semble également démentir la « logique de Nuremberg ». Force est ainsi de constater que de nombreux chefs d'Etat ou anciens chefs d'Etat, y compris ceux qui pourraient être inculpés de crimes de guerre ou de crimes contre l'humanité, vont fréquemment en Suisse, pour des tête-à-tête au sommet, des conférences diverses ou des visites privées. Ainsi, on signale une conférence qui s'est tenue en juin 2000 entre le président Clinton et feu le président Hafez-el-Assad, alors que le bilan de ce dernier en termes de droits de l'homme n'était pas reluisant. Rappelons également que Genève est l'un des sièges des Nations Unies et que le colloque de Davos attire nombre de dignitaires étrangers, y compris certains au passé douteux. Enfin, il n'est pas rare de voir des chefs d'Etat ou d'anciens chefs d'Etat peu recommandables se rendre en Suisse, à titre privé, voire *incognito*, notamment pour des examens ou des traitements médicaux.

On pourrait en conclure que la Suisse considère que le droit coutumier lui interdit de les poursuivre et de les arrêter, et que les crimes qui peuvent être reprochés aux anciens chefs d'Etat tombent sous le coup de l'immunité « *ratione materiae* », pour des actes commis dans

& Int. L.), p. 1 ; BRADLEY, C. A./GOLDSMITH, J. L., *Pinochet and international human rights litigation*, Michigan Law Review (Mich. L. Rev.) 1999, p. 2129 ; BRÖHMER (cité à la n. 15), p. 361 ss, p. 368 ; COSNARD, M., *Quelques observations sur les décisions de la Chambre des Lords du 25 novembre 1998 et du 24 mars 1999 dans l'affaire Pinochet*, RGDIP 2000, p. 309 ss, p. 321 ; DE SENA, P., *Immunità di ex-capi di Stato e violazioni del divieto di tortura: sulla sentenza del 24 marzo 1999 della Camera dei Lords nel caso Pinochet*, Rivista di diritto internazionale (Riv. dir. int.) 1999, p. 933 ss ; DOMINICE, C., *Quelques observations sur l'immunité de juridiction pénale de l'ancien chef d'Etat*, RGDIP 1999, p. 297 ss, p. 301 ; KLABBERS, J., *The general, the Lords, and the possible end of State immunity*, Netherlands Journal of International Law (NJIL) 1999, p. 85 ss ; MAHMOUD, M. S., *Les leçons de l'affaire Pinochet*, JDI 1999, p. 1021 ; SEARS, J. M., *Confronting the « Culture of impunity »: immunity of heads of State from Nuremberg to ex parte Pinochet*, German Yearbook of International Law (GYIL) 1999, p. 135 ; VILLALPANDO, S., *L'affaire Pinochet : beaucoup de bruit pour rien ? L'apport au droit international de la décision de la Chambre des Lords du 24 mars 1999*, RGDIP 2000, p. 393 ss ; WEYEMBERGH, A., *Sur l'ordonnance du juge d'instruction Vandermeersch rendue dans l'affaire Pinochet le 6 novembre 1998*, Revue belge de droit international (RBDI) 1999, p. 178-204.

³² La Cour de cassation française n'a en tout cas pas admis que le crime de « destruction d'un bien par l'effet d'une substance explosive ayant entraîné la mort d'autrui, en relation avec une entreprise terroriste » justifiait la levée de l'immunité d'un chef d'Etat en exercice. La question reste cependant ouverte pour des crimes clairement admis comme étant des crimes de droit international, comme les crimes de guerre, crimes contre l'humanité ou génocide.

³³ Cité à la n. 21, n° 56 ss.

l'exercice de leurs fonctions, aussi détestables que ces actes puissent être. Dans ce sens, la Division du droit international public du Département fédéral des affaires étrangères a informé l'Office fédéral de la justice, par un exposé du 2 avril 1998, que « la violation du droit des gens – par quoi il faut entendre aussi la violation des droits de l'homme consacrés par des instruments internationaux – ne constitue (rait) pas, en soi, une exception à l'immunité de juridiction »³⁴.

Une telle conclusion serait pourtant prématurée car il n'est pas certain que les autorités suisses s'interdisent véritablement d'arrêter des chefs d'Etat étrangers soupçonnés de crimes internationaux qui se trouveraient sur son territoire.³⁵ Il est plus vraisemblable que le problème ne se soit pas posé de manière concrète et qu'un juge d'instruction ou un procureur n'ait jamais requis l'arrestation d'un chef d'Etat en exercice, ou suite à une demande d'entraide pénale internationale.³⁶ En tous les cas, le Tribunal fédéral n'a, à notre connaissance, jamais eu à se prononcer sur une telle problématique à ce jour.

On signale également que le Département fédéral des affaires étrangères a averti certains participants à des conférences en Suisse qu'il entendait « collaborer avec les Tribunaux pénaux internationaux *ad hoc* ». De même, l'Office fédéral de la police a ordonné, sur requête du procureur du TPIY, que les valeurs mobilières et immobilières ainsi que les comptes en banques détenus par un certain nombre de per-

³⁴ Réponse de la Division du droit international public (DDI) à une question du Comité directeur pour les droits de l'homme (CDDH) du Conseil de l'Europe, sur le point de savoir si un Etat ou une personne titulaire d'une charge publique étaient couverts par l'immunité au cas où ils seraient accusés, devant une juridiction suisse, de graves violations des droits de l'homme ou de crimes de guerre ; publiée in : RSDIE 1999, p. 682 ss. Il faut signaler que cette réponse a été donnée avant que des affaires importantes, comme l'affaire *Pinochet*, aient eu lieu à l'étranger.

³⁵ Selon un avis de droit du 17 décembre du DDIP au Ministère public de la Confédération, « la situation des premiers ministres et autres personnes de haut rang qui séjournent à l'étranger (i. e. en Suisse) *à titre privé* doit être clairement distinguée de celle des chefs d'Etat, qui jouissent d'une immunité complète selon le droit des gens. En règle générale, il n'y a *pas d'immunité* dans le cadre de visites privées » (RSDIE 1999, p. 696 ss, p. 698).

³⁶ Le 13 février 2001, l'ancien ministre tunisien de l'Intérieur a échappé de peu à une arrestation alors qu'il se faisait soigner à l'Hôpital universitaire de Genève. Après qu'une pré-enquête de police eut été faite, le Parquet du procureur s'était déclaré compétent pour le poursuivre et le juger sur la base de la Convention internationale des Nations Unies de 1988 contre la torture et autres peines ou traitement cruels, inhumains ou dégradants. Pour tenter de parer à une éventuelle arrestation en le mettant au bénéfice de l'immunité, le président tunisien l'a immédiatement nommé ministre avec effet rétroactif au 23 janvier 2001. Malgré les efforts de la police, le « ministre » a disparu avant qu'une arrestation puisse avoir lieu (« Le Temps », 21 février 2001, p. 15).

sonnes inculpées par ledit Tribunal – y compris Milosevic³⁷ – fussent bloqués pour permettre la restitution éventuelle des valeurs saisies, dans l'hypothèse de la condamnation de ces personnes.³⁸ Cette nouvelle pratique procède cependant directement du Statut des Tribunaux pénaux internationaux³⁹ ainsi que de l'arrêté fédéral d'application⁴⁰ et non pas de la reconnaissance d'une coutume. Ces questions de coopération avec les tribunaux pénaux internationaux devraient d'ailleurs prendre une actualité nouvelle avec la mise sur pied prochaine de la future Cour pénale internationale, qui prévoit expressément, à l'article 27 de son Statut (quoique nuancé par l'article 97), la levée de l'immunité de juridiction pour les chefs d'Etat en cas de commission de crimes de droit international.

En l'état, il faut bien admettre que l'arrêt de la Cour internationale de Justice relative au *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*⁴¹, applicable *ad minima minimis* à un chef d'Etat, risque de freiner sérieusement toute velléité des Etats de suivre la « logique de Nuremberg » s'ils ne sont pas dûment mandatés par la communauté internationale pour ce faire.

IV. La saisie / confiscation de fonds de chefs d'Etat

La saisie et la confiscation de fonds appartenant à un chef d'Etat posent un problème un peu différent de celui de la contrainte phy-

³⁷ Cette mesure vise Slobodan Milosevic, président de la République fédérale de la Yougoslavie (RFY), Milan Milutinovic, président de la République de Serbie, Nicola Sainovic, vice-premier ministre de la RFY, Dragoljub Odjanic, chef de l'état-major des forces armées de la FRY et Vljako Stojilkovic, ministre de l'Intérieur de la République de Serbie.

³⁸ FF 1999, p. 4769.

³⁹ L'art. 7 para. 2 du Statut du TPIY prévoit que « La qualité officielle d'un accusé, soit comme chef d'Etat ou de gouvernement, soit comme haut fonctionnaire, ne l'exonère pas de sa responsabilité pénale et n'est pas un motif de diminution de la peine ». Cette pratique a été initiée en 1995 lorsque la Suisse a accueilli une conférence sur l'ex-Yougoslavie à laquelle devait participer Radovan Karadzic (RSDIE 1999, p. 690).

⁴⁰ Arrêté fédéral du 21 décembre 1995 relatif à la coopération avec les tribunaux internationaux chargés de poursuivre les violations graves du droit international humanitaire, RS 351.20. A relever que selon l'art. 10 de l'arrêté, « Toute personne peut être transférée au tribunal international concerné aux fins de poursuite pénale s'il ressort de la demande et des pièces jointes que l'infraction: a) relève de la compétence du tribunal international, et b) est punissable en droit suisse ».

⁴¹ Cité à la n. 21, n° 56 ss.

sique. En effet, elles s'exercent « *in rem* », par opposition à « *in personam* », même si le propriétaire ou bénéficiaire de ces fonds est un chef d'Etat en exercice.⁴² La saisie et la confiscation de fonds provenant de détournements des caisses de l'Etat ou du pillage de ses ressources naturelles ne préjugent en rien de la souveraineté de l'Etat ou du chef d'Etat sur son territoire ou ses citoyens, et de tels actes d'exécution ne portent pas forcément atteinte à une *fonction* étatique étrangère.⁴³

A. Les anciens chefs d'Etat

La Suisse, dont on dit qu'elle gère entre 30 et 40% de la fortune mondiale, directement ou indirectement, se trouve confrontée depuis des années à des demandes de saisie de comptes d'Etats, de chefs d'Etat ou de ministres émises par des juges étrangers, voire procède d'elle-même à de telles saisies.⁴⁴

En particulier, les affaires suivantes peuvent être mentionnées : 1974, cas de *Haile Selassié* ; 1979, cas de *Pahlevi* ; 1987-8, les cas *Ceausescu* et *Marcos*. En 1991, les fonds de l'ancien président malien *Traoré* ont été saisis. En 1996, ce fut le tour des fonds du membre de la junte éthiopienne *Layne*. En 1997, les fonds de *Mobutu*, de *Benazir Bhutto* et de *Karadzic* ont été saisis. En 1998, ce fut le cas des fonds de *Suharto*. Récemment, la Suisse a encore eu à connaître des cas célèbres du dictateur nigérian *Abacha*, de l'ancien Premier ministre ukrainien *Lazarenko* et elle a fait diverses tentatives pour saisir les comptes de *Milosevic*.⁴⁵

⁴² La distinction entre l'immunité « *in personam* » et l'absence d'immunité pour des biens situés sur le territoire de l'Etat ayant à juger a été faite par la Chambre d'appel anglaise dans l'affaire *Thai-Europe Tapioca Service Ltd v. Government of Pakistan*, World Law Report (WLR) 1975, p. 1485 ; International Law Reports (ILR), vol. 64, p. 81, notamment par Lord Denning. La Chambre d'appel décida à cette occasion d'utiliser ce critère pour restreindre l'immunité absolue qui prévalait en Angleterre dans le domaine civil et commercial. Cette approche a été abandonnée deux ans plus tard par la jurisprudence *Trendtex Trading Corporation Ltd v. Central Bank of Nigeria*, ILR 1983, p. 111 ss.

⁴³ Au contraire, la saisie et la confiscation de fonds servant au fonctionnement courant d'une ambassade ou d'une mission diplomatique empêchent concrètement l'Etat étranger d'exercer l'un des attributs de sa souveraineté qui est d'assurer des relations avec d'autres Etats.

⁴⁴ Par exemple, dans l'affaire *Marcos*, c'est le Conseil fédéral qui a pris la décision de bloquer les fonds avant même toute demande officielle présentée par le gouvernement des Philippines.

⁴⁵ Les fonds de Marcos et de Mobutu s'élevaient à près de 1 milliard de dollars, les fonds d'Abacha à 710 millions de dollars. Sur la question de l'immunité des anciens chefs d'Etat et la récupération de fonds détournés par ceux-ci, voir DECAUX, E., *Le statut*

Dans tous ces cas, qui concernaient d'anciens chefs d'Etat,⁴⁶ la Suisse a saisi ou tenté de saisir les fonds litigieux et elle les a le plus souvent rétrocédés aux Etats concernés après diverses péripéties judiciaires. La portée de telles saisies, en ce qui concerne la question de l'immunité des chefs d'Etat, reste cependant douteuse du fait que, comme on le verra plus loin plus en détail avec l'affaire *Marcos*, ce sont chaque fois, à l'exception du cas *Milosevic*, les Etats des anciens dirigeants qui demandaient à la Suisse d'agir.⁴⁷

B. Les chefs d'Etat en exercice

La situation est plus intéressante lorsqu'il s'agit de fonds appartenant prétendument à des chefs d'Etat *en exercice*, ou lorsque les Etats assument ou couvrent *a posteriori* les activités de leurs anciens chefs d'Etat.

A ce propos, dans le passé, la justice suisse n'admettait normalement pas la levée de l'immunité des chefs d'Etat en exercice, même si les fonds provenaient manifestement de détournements ou de trafics divers. Le Tribunal fédéral a même reconnu dans l'affaire *Marcos* l'immunité d'exécution absolue, « *ratione personae* », pour les chefs d'Etat en exercice, y compris en matière financière. La justice suisse a par contre fait preuve d'une imagination très *pratique* pour contourner l'obstacle de l'immunité. On peut même se demander si les autorités judiciaires suisses ne vont pas jusqu'à *refuser à des Etats ou à des chefs d'Etat en exercice* l'immunité pour leurs fonds situés en Suisse lorsque ceux-ci paraissent provenir de détournements.

du chef d'Etat déchu, AFDI 1980, p. 101 ss ; LUGATO, M., *Il recupero all'estero di somme e di beni trafugati da ex-capi di Stato*, Riv. dir. int. 1997, p. 104 ss ; VERHOEVEN, J., *Sur la récupération à l'étranger des sommes détournées par d'anciens chefs d'Etat*, in : Dominice, C./Patry, R./Reymond, C. (édit.), *Etudes de droit international en l'honneur de Pierre Lalive*, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1993, p. 359 ss.

⁴⁶ Le cas de *Milosevic* est cependant différent du fait que sa mise en accusation avait été prononcée le 22 mai 1999 par le procureur du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Louise Harbour. Sa mise en accusation a été confirmée le 24 mai 1999 par le juge Hunt, et rendu public le 27 mai 1999 (*Forum du droit international* 1999, p. 121-122).

⁴⁷ A l'exception de la seconde affaire *Marcos*, qui a été déclenchée par une demande d'entraide des Etats-Unis pour les faits commis aux Philippines. Selon l'arrêt de la Cour internationale de Justice dans l'affaire relative au *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* (cité à la n. 21), n° 61, un chef d'Etat ne bénéficie plus de l'immunité de juridiction à l'étranger si l'Etat qu'il représente ou a représenté décide de lever l'immunité.

Pour éclairer le débat, il faut comprendre que la justice suisse enquête parfois – d’office ou à la demande de juges étrangers⁴⁸ – sur des fonds dont les titulaires officiels sont des sociétés écran domiciliées dans des îles plus ou moins exotiques.⁴⁹ En général, les autorités suisses prennent les demandes d’entraide très au sérieux, notamment depuis l’entrée en vigueur des dispositions sur le blanchiment d’argent, qui érigent en délit autonome la simple entrave à l’identification de l’origine de fonds provenant d’un crime⁵⁰. Mais au moment de l’ouverture de l’enquête, les juges suisses – ou les juges étrangers qui demandent l’entraide – ne savent que rarement que les titulaires économiques de ces comptes sont des États ou des chefs d’État en exercice. Ces derniers se manifestent le plus souvent en soulevant le moyen de l’immunité dans le cadre de la procédure, ce qui pose plusieurs problèmes, notamment de crédibilité ou pour déterminer l’utilisation et l’affectation finales de ces fonds.

V. La pratique et le principe en Suisse : l’arrêt *Marcos*

Jusqu’à récemment, l’immunité de juridiction pénale en matière de crimes de droit commun était absolue en Suisse pour tout chef d’État en fonction. Cette position a notamment été rappelée par le Tribunal fédéral dans un arrêt de principe, datant du 2 novembre 1989, relatif

⁴⁸ Sur la base de diverses conventions ou sur celle de la Loi fédérale du 20 mars 1981 sur l’entraide internationale en matière pénale (EIMP, RS 351.1), qui a notamment été modifiée en 1997 pour réduire drastiquement les moyens de recours à disposition des parties (sur les modifications apportées, voir SCHUPP, P.-D., *La révision de la loi fédérale sur l’entraide internationale en matière pénale (EIMP)*, RPS 1997, p. 180 ss).

⁴⁹ Le Groupe d’action financière sur le blanchiment des capitaux (GAFI) a été créé en 1989 par les principaux membres de l’OCDE. Organisme intergouvernemental, il regroupe 26 pays riches (dont les États-Unis) représentant les plus importants centres financiers du monde et décidés à promouvoir des stratégies de lutte contre le blanchiment de l’argent sale. En juin 2000, le GAFI a publié une liste noire de 15 États ou territoires jugés non coopératifs dans ce domaine, notamment les Bahamas, les îles Caïman, Israël, le Liban, le Liechtenstein, le Panama, les Philippines et la Russie ; http://www.ocde.org/fatf/index_fr.htm.

⁵⁰ L’article 305^{bis} du Code pénal suisse (CP) prévoit que 1. « celui qui (commet) un acte propre à entraver l’identification de l’origine, la découverte ou la confiscation de valeurs patrimoniales dont il savait ou devait présumer qu’elles provenaient d’un crime, sera puni de l’emprisonnement ou de l’amende (...). ».

à la saisie, à la requête du gouvernement des Etats-Unis, des fonds Marcos déposés dans les banques suisses.⁵¹

L'affaire *Marcos* consistait principalement en deux demandes d'entraide adressées par le gouvernement des Philippines et par le Département de justice des Etats-Unis d'Amérique à l'Office fédéral de la police pour les besoins de diverses instructions ouvertes à l'encontre des époux Marcos. Ferdinand Marcos et sa femme étaient poursuivis pour plusieurs infractions de détournements de fonds commises alors que le premier était président de la République des Philippines, ministre des Affaires sociales de ce pays et gouverneur du district métropolitain de Manille.

Agissant par la voie du recours de droit administratif, les époux Marcos ont demandé dans un premier temps (requête d'entraide émanant des Philippines) de bénéficier de *l'immunité personnelle d'exécution*. Dans un deuxième temps (requête d'entraide émanant des Etats-Unis), ils ont plaidé *l'immunité de juridiction pénale*, du fait de leur qualité d'anciens dirigeants d'un Etat étranger.

En ce qui concerne l'immunité d'exécution (requête des Philippines), le Tribunal fédéral a considéré que ce privilège pouvait être levé par l'Etat requérant :

« Il serait à tout le moins contraire au système qu'un particulier, qui n'est plus chargé de représenter un Etat, puisse invoquer son immunité personnelle à l'encontre des intérêts même de cet Etat »⁵².

Le Tribunal fédéral a également estimé qu'il n'appartenait pas à l'Etat requis de dire si un ancien chef d'Etat bénéficiait encore après sa destitution de l'immunité que le droit de son pays lui garantissait pour les actes accomplis durant son mandat, et que ce problème devait être résolu à la seule lumière du droit interne autonome de l'Etat requérant.⁵³

Le Tribunal fédéral s'exprima dans le même sens dans le cadre de la deuxième demande d'entraide, émise par le gouvernement des Etats-Unis. Il précisa cependant, par un « *obiter dictum* », la portée qu'il entendait donner à l'immunité des chefs d'Etat comme suit :

⁵¹ ATF 115 Ib 496, consid. 5 b). Cet arrêt précisait la question de l'immunité d'un ancien chef d'Etat, abordée par le Tribunal fédéral deux ans plus tôt dans la même affaire *Marcos*, mais sur la question des mesures provisoires requises par le gouvernement des Philippines (ATF 113 Ib 257 ; ASDI 1988, vol. 44, p. 226). L'arrêt de 1989 est considéré par la jurisprudence et la doctrine étrangères comme l'un des « *leading cases* » en matière d'immunité (voir notamment les nombreuses références qui y sont faites par la Chambre des Lords dans l'affaire *Pinochet*). Sur cette affaire *Marcos*, voir CAFLISCH, L., *Pratique suisse 1998*, RSDIE 1999, p. 691 ss.

⁵² ATF 113 Ib 257, consid. 7.

⁵³ *Ibid.*

« Le droit international coutumier a de tout temps reconnu aux chefs d'Etat – ainsi qu'aux membres de leur famille et à leur suite lorsqu'ils séjournent dans un Etat étranger – les privilèges de l'inviolabilité personnelle et de l'immunité de juridiction pénale (...). Cette immunité de juridiction est également reconnue au chef d'Etat qui séjourne dans un Etat étranger à titre privé et s'étend, dans ces circonstances, aux membres les plus proches de sa famille qui l'accompagnent, ainsi qu'aux membres de sa suite ayant un rang élevé. Ces personnes ne peuvent par conséquent faire l'objet de poursuites pénales ou même d'une assignation à comparaître devant un tribunal (...). Le droit international public coutumier a reconnu de tels privilèges « *ratione personae* » aux chefs d'Etat autant pour tenir compte de leur fonction et du symbole de souveraineté qu'ils portent, qu'en raison de leur caractère représentatif dans les relations interétatiques. (...) les chefs d'Etat sont absolument exempts, « *ratione personae* », de toute contrainte étatique et de toute juridiction d'un Etat étranger en raison d'actes qu'ils auraient commis, où que ce soit, dans l'exercice de fonctions officielles. Au contraire de l'immunité de juridiction civile, toujours discutée et relativisée, l'immunité de juridiction pénale du chef d'Etat est totale (...) »⁵⁴.

Le Tribunal fédéral en conclut que « l'immunité de fonction dont jouissaient ainsi les recourants pour les actes délictueux éventuellement commis alors qu'ils exerçaient encore leur pouvoir dans la République des Philippines » devait en principe être admise, et donc que « leur mise en accusation devant les juridictions américaines ne pouvait (...) entrer en ligne de compte qu'en vertu d'une renonciation expresse de l'Etat philippin à l'immunité que le droit international public leur a reconnue non comme un avantage personnel, mais en faveur de l'Etat qu'ils dirigeaient »⁵⁵.

En l'occurrence, le gouvernement des Etats-Unis a été en mesure de produire une note verbale adressée par le Ministère des affaires étrangères philippin à l'Ambassade des Etats-Unis à Manille selon laquelle le gouvernement philippin renonçait à toute immunité 1) d'Etat, 2) de chef d'Etat, 3) diplomatique, dont l'ancien président Marcos et son épouse pouvaient jouir sur la base du droit américain ou du droit international. La note précisait également que cette levée de l'immunité valait en particulier pour « tout acte criminel ou (...) toute autre affaire connexe dans lesquelles ces personnes tenteraient de se référer à leur immunité »⁵⁶.

Surtout, la note verbale du Ministère des affaires étrangères philippin affirmait que la doctrine américaine de l'« Act of State »⁵⁷ ne sau-

⁵⁴ ATF 115 Ib 496, consid. 5 b).

⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁶ *Ibid.*

⁵⁷ Selon cette doctrine, les tribunaux d'un Etat ne peuvent pas, en principe, mettre en cause la validité ou la légalité d'actes publics d'un autre Etat souverain ou de ses

rait s'appliquer à toute « acquisition de richesses personnelles » par les époux Marcos, du fait que celle-ci ne pouvait être constitutive d'actes publics, gouvernementaux ou officiels du gouvernement philippin, même si de tels enrichissements ont été réalisés par l'utilisation ou la prétendue utilisation de l'autorité gouvernementale. La note conclut en effet « qu'il serait contraire aux intérêts des Philippines et de la justice que ces personnes puissent bénéficier de la doctrine de l'acte d'Etat »⁵⁸.

En conclusion, le Tribunal fédéral admit dans cet arrêt non seulement le principe de l'immunité du chef d'Etat en exercice, mais également celui de l'ancien chef d'Etat.⁵⁹ Cependant, le Tribunal fédéral affina son raisonnement par une double distinction : s'il admit l'immunité absolue « *ratione personae* » pour les chefs d'Etat *en exercice*, que ce soit pour des actes publics ou privés,⁶⁰ il considéra que, lorsqu'il s'agissait d'*anciens chefs d'Etat*, cette immunité ne pouvait couvrir, « *ratione materiae* », que les actes commis *dans l'exercice de fonctions officielles*, par opposition à des actes commis à titre privé. On retrouvait dans le cas de l'ancien chef d'Etat la distinction « *jure gestionis/jure imperii* »

agents (voir notamment affaires *Underhill c. Fernandez*, Cour suprême US, 29 novembre 1897, 168 U.S. 250 (1897)) ; *Luther c. Sagor*, Cour d'appel GB, 12 mai 1921, 3. K.B. 532 (1921) ; *Banco Nacional de Cuba c. Sabbatino*, Cour suprême US, 23 mars 1964, 376 U.S. 398, ILM 1964, p. 381 ; *République du Guatemala*, Chambre d'appel de Paris, 20 janvier 1988, GP 1988, I, p. 199 ; *Sté iranienne du gaz*, Cour de cassation civile 1 (France), 2 mai 1990, Bull. 1990, I, p. 69. Pour la doctrine, voir BROWNLIE, I., *Principles of Public International Law*, 4^e éd., Oxford 1990, p. 507 ss ; DAILLIER/PELLET (cité à la n. 1), p. 503-504 ; IPSEN, K., *Völkerrecht*, 4^e éd., Munich 1999, p. 330 ss, p. 664 ss ; JENNINGS/WATTS (cité à la n. 6), p. 365 ss ; SHAW, M., *International Law*, 4^e éd., Cambridge 1997 p. 192 ss, p. 492 ; VERDROSS, A./SIMMA, B., *Universelles Völkerrecht. Theorie und Praxis*, 3^e éd., Berlin 1984, §§ 1178 ss ; WALLACE, R., *International Law*, Londres 1997, p. 56 ; BARKER, J. C., *State Immunity, diplomatic immunity and act of state : a triple protection against legal action?*, *International and Comparative Law Quarterly (ICLQ)* 1998, pp. 950 ss ; COMBACAU, J., *La doctrine de l'« Act of State » aux Etats-Unis*, RGDIP 1973, p. 35 ss ; DELSON, R., *The Act of State doctrine – judicial deference or abstention?*, *American Journal of International Law (AJIL)* 1972, p. 82 ss ; HERZOG, P., *La théorie de l'Act of State dans le droit des Etats-Unis*, *Revue critique de droit international privé (RCDIP)* 1982, p. 617 ss ; MEAGHER, P., *L'Act of State and Sovereign Immunity: the Marcos Cases*, *Harvard International Law Journal (HILJ)* 1988, p. 127 ss ; SINGER, M., *The « Act of State » doctrine of the United Kingdom*, *AJIL* 1981, p. 282 ss ; VAN PANHUIS, H. F., *In the borderland between the Act of State doctrine and questions of jurisdictional immunities*, *ICLQ* 1964, p. 1193 ss ; ZANDER, M., *The Act of State Doctrine*, *AJIL* 1959, p. 826 ss.

⁵⁸ *Ibid.*

⁵⁹ Cette interprétation procède d'une analyse circonstancielle de l'arrêt, le Tribunal fédéral ayant eu à se prononcer sur l'immunité d'un ancien chef d'Etat (Ferdinand Marcos en l'occurrence), qui plus est à la demande de l'Etat même du dirigeant en question, il n'a pas eu à trancher la question de l'immunité d'un chef d'Etat en exercice.

⁶⁰ L'immunité pénale des chefs d'Etat en exercice pour leurs actes privés est approuvée par DOMINICE, C., *Note sur l'affaire Marcos*, *Semaine Judiciaire (SJ)* 1990, p. 521.

traditionnellement utilisée par la Suisse pour décider de l'immunité civile et commerciale des Etats.⁶¹ Par contre, et dans tous les cas, l'immunité tombait lorsque l'Etat, dont le chef ou l'ancien chef relève, déclarait abandonner ce privilège. Cette position du Tribunal fédéral correspond, *ad minima minimis*, à l'arrêt rendu le 14 février 2002 par la Cour internationale de Justice dans l'affaire relative au *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*⁶².

Malheureusement, le Tribunal fédéral ne s'est pas prononcé dans cet arrêt *Marcos* sur ce qu'il entendait par des actes en relation directe avec des fonctions officielles du chef d'Etat. Il n'avait en effet pas à le faire dans les deux cas d'espèce puisque le gouvernement des Philippines avait précisément « levé » l'exception de l'immunité. Notamment, le Tribunal fédéral n'est pas entré dans la controverse de savoir si certains crimes d'« Etat » pouvaient être considérés comme des actes d'Etat « normaux ». Le gouvernement des Philippines a par contre clairement déclaré que les actes d'enrichissement illégitime d'un chef d'Etat ne constituaient pas des actes d'Etat.⁶³

VI. L'affaire du *Président Bongo* et le défaut de qualité des bénéficiaires économiques de comptes en banque pour soulever l'argument de l'immunité

Dans une affaire gabonaise qui a défrayé récemment la chronique française, la Chambre d'accusation de Genève⁶⁴ et le Tribunal fédéral⁶⁵ ont confirmé, respectivement en 1998 et 1999, la décision du juge d'instruction de saisir des fonds, dont la propriété était revendiquée par le président en exercice Omar Bongo. Ces instances ont soutenu que celui-ci ne pouvait soulever l'argument de son immunité en tant que simple bénéficiaire économique du compte.

⁶¹ Voir notamment ATF 112 Ia 148.

⁶² Cité à la n. 21, n° 60.

⁶³ Voir la lettre du 17 octobre 1988 du Ministère des affaires étrangères des Philippines à l'Ambassade des Etats-Unis à Manille, reproduite partiellement in : ATF 115 Ib 496, consid. 5 d).

⁶⁴ Ordonnance de la Chambre d'accusation de Genève, 22 octobre 1998, réf. OCA 226/98.

⁶⁵ Arrêts du Tribunal fédéral, affaire *Bongo*, 8 mars 1999, réf. 1P.631/1998 ; 1P.633/1998 ; reproduit partiellement in : SJ 1999 I, p. 427 ss.

Il s'agissait d'une procédure d'entraide requise par les autorités judiciaires françaises, qui s'est traduite par une instruction préparatoire indépendante ordonnée par le procureur général de Genève pour blanchissage d'argent et défaut de vigilance en matière d'opérations financières (articles 305^{bis} et 305^{ter} CP). Par ordonnance de perquisition et de saisie, le juge d'instruction chargé du dossier a invité une banque de Genève à lui remettre la documentation bancaire relative à un compte débité de 1,5 million de dollars en faveur d'un compte d'une autre banque. Selon la documentation bancaire, le dernier compte avait été ouvert par une société panaméenne domiciliée auprès d'une étude d'avocats sous la signature de l'époux de l'ambassadrice du Gabon en Suisse, lui-même étant au bénéfice d'un passeport diplomatique.

Ledit époux déclara avoir agi à titre fiduciaire au nom et pour le compte du président du Gabon, dont il était le conseiller personnel. Il produisit une lettre signée par le président en question, selon laquelle « l'ayant-droit ultime du compte ouvert par la société (panaméenne) en ses livres n'était autre que la Présidence de la République ». Statuant par deux décisions distinctes, la Chambre d'accusation a déclaré irrecevables les recours déposés par l'époux de l'ambassadrice pour défaut de qualité pour agir. Selon elle, seule la société, titulaire du compte faisant l'objet de la saisie litigieuse, était habilitée à contester cette mesure, à l'exclusion des ayant-droits économiques.

Agissant par la voie du recours de droit public pour violation de la Constitution, l'époux de l'ambassadrice a demandé au Tribunal fédéral d'annuler l'ordonnance de la Chambre d'accusation. Le président Bongo a également formé un recours de droit public. Les recourants ont notamment soulevé dans leurs recours joints la question de l'immunité de juridiction pénale et d'exécution d'un compte, propriété affirmée, par écrit, d'un président en exercice d'un État dûment reconnu par la Suisse.

Le Tribunal fédéral a confirmé la décision de la Chambre d'accusation de refuser à l'époux de l'ambassadrice et au président Bongo la qualité pour intervenir dans la procédure. Il a donc évité d'aborder la question de l'immunité pénale et d'exécution pour confirmer :

« le refus de reconnaître à l'actionnaire unique ou à l'ayant droit économique d'une société anonyme la qualité pour recourir contre une mesure prise à l'encontre de celle-ci en raison de la dualité juridique existant entre eux (...) constitue un principe généralement reconnu, sous réserve d'abus de droit éventuel »⁶⁶.

⁶⁶ Arrêts du Tribunal fédéral, affaire *Bongo*, 8 mars 1999, réf. 1P.631/1998 et 1P.633/1998, partiellement reproduit in : SJ 1999 I 427. Voir l'article 80h let. b) EIMP, qui prévoit que « ont qualité pour recourir (en matière d'entraide) (...) Quiconque est

En résumé, si un Etat ou le président d'un Etat veut déposer des fonds dans une banque suisse, il doit, pour pouvoir bénéficier de l'immunité de l'Etat et du chef d'Etat, le faire à son propre nom, sous peine que son droit de partie dans la procédure soit limité et donc qu'il ne puisse pas faire valoir ce moyen. Si l'on comprend bien le raisonnement du Tribunal fédéral, une personne qui choisit d'interposer une société pour cacher son identité est liée par l'apparence légale qu'elle a créée elle-même.⁶⁷

VII. L'affaire de la *République du Kazakhstan* et la distinction entre actes « *de iure imperii* » / « *de iure gestionis* » pour des chefs d'Etat en exercice

La Chambre d'accusation de Genève et le Tribunal fédéral ont affiné et développé tout récemment la jurisprudence *Bongo* relative à l'absence de qualité pour agir des ayant-droits économiques et d'immunité pénale des chefs d'Etat dans quatre affaires séparées, mais procédant d'un complexe de faits similaires.⁶⁸ La procédure qui concernait la République du Kazakhstan, a été initiée par une demande d'entraide d'un juge belge pour les besoins d'une enquête pénale relative à des détournements de fonds au préjudice de la République du Kazakhstan. Le produit des ventes aurait été détourné, sur fond de recel et de

personnellement et directement touché par une mesure d'entraide et a un intérêt digne de protection à ce qu'elle soit annulée ou modifiée ». Sur le déni de la qualité pour agir du président Bongo dans cette affaire, voir GULLY-HART, P., *The Function of State and Diplomatic Privileges and Immunities in International Cooperation in Criminal Matters : the Position in Switzerland*, *Fordham International Law Journal* (Fordham Int'l L. J.) 2000, p. 1334 ss. Pour une position extrêmement restrictive par rapport à la qualité pour agir, voir ZIMMERMANN, R., *La coopération judiciaire internationale en matière pénale*, Berne 1999, n° 306 ss.

⁶⁷ Ce raisonnement n'est pas sans rappeler la théorie ancienne selon laquelle le chef d'Etat qui se rend incognito à l'étranger perd son privilège, étant précisé cependant que, dans ce cas, il peut reprendre son immunité par une affirmation postérieure de sa qualité (voir LAWRENCE, T. J., *The principles of international law*, 7^e éd., Boston (etc.) 1910, § 105).

⁶⁸ Ordonnances de la Chambre d'accusation de Genève, 29 juin 2000, réf. OCA resp. 155/00, 162/00, 163/00 et 166/00, procédures P/8511/1999, resp. DREC/268/99, DREC/324/99, DREC/332/374/99, DREC/406/99, non publiées.

blanchiment d'argent, dans le cadre d'opérations d'exportations de matières premières. L'ancien premier ministre de ce pays et son épouse étaient particulièrement visés par l'instruction.

Le juge d'instruction suisse procéda à une saisie conservatoire de plusieurs comptes auprès de deux établissements bancaires de la place, ainsi que de la documentation bancaire y afférente. L'affaire, fort complexe, peut être résumée et simplifiée comme suit :

Divers comptes avaient été ouverts dans plusieurs banques au nom de sociétés *offshore*. Contrairement à l'affaire « gabonaise », les banques avaient été informées que les bénéficiaires économiques étaient des agents officiels ou des sociétés étatiques de la République du Kazakhstan. Une des banques travaillait d'ailleurs comme conseillère financier de la République du Kazakhstan. L'enquête permit de vérifier l'existence de plusieurs flux de fonds, par des comptes *escrow* et des *comptes de passage*, ayant abouti à alimenter, à concurrence de plusieurs dizaines de millions de dollars, une série de *comptes réceptacles*. Les fonds paraissaient, à première vue, provenir de commissions versées par des compagnies pétrolières américaines pour obtenir des droits d'exploitation sur les ressources naturelles du Kazakhstan.

Les titulaires légaux de ces *comptes réceptacles* étaient dans la plupart des cas des sociétés *offshore*. Les bénéficiaires économiques de ces sociétés étaient le président en exercice de la République du Kazakhstan, l'ancien Premier ministre, ainsi que les membres de leur famille, voire le conseiller personnel de la Présidence. Celui-ci agissait selon des pouvoirs qui lui étaient conférés par décret officiel du gouvernement. Les extraits d'un compte en particulier montraient clairement que les avoirs avaient été transférés au crédit du compte Trésor de la République du Kazakhstan, en transitant par une série de comptes de passages.

Le juge d'instruction genevois chargé de l'enquête conclut que les multiples transferts bancaires, dont les bénéficiaires finaux étaient bien quelques personnes au sommet de la République du Kazakhstan et de leur famille, pouvaient effectivement, *a priori*, correspondre à des actes de blanchiment pour des actes de corruption d'agents publics étrangers, de gestion déloyale des intérêts publics, respectivement d'actes constitutifs d'acceptation d'avantages (art. 314 à 316 CPS). Il décida de saisir les comptes litigieux ainsi que la documentation bancaire y afférente.

La solution dégagée de l'affaire « gabonaise » était cette fois plus difficile à appliquer telle quelle. En effet, les banques dépositaires savaient que le président de la République du Kazakhstan, d'autres hauts dignitaires de l'Etat ou des sociétés d'Etat étaient les bénéficiaires fi-

naux des comptes saisis.⁶⁹ Par ailleurs, un autre compte saisi avait été ouvert au nom du Trésor par le ministère des finances du Kazakhstan, compte sur lequel le Vice-premier ministre, le ministre des Finances et le chef de l'administration présidentielle détenaient une procuration.

La République du Kazakhstan invoqua l'immunité d'exécution que le droit international public reconnaît à tout Etat indépendant et souverain, pour s'opposer fermement aux mesures de contrainte prises par le juge d'instruction à l'encontre des sociétés dont elle était la bénéficiaire économique, par l'intermédiaire de ses organes ou de sociétés d'Etat kazakhs. Elle produisit aussi un avis de droit d'un professeur de droit international pour appuyer son argumentation relative à l'immunité des sociétés impliquées dans ces affaires, ainsi qu'une attestation selon laquelle les sociétés *offshore*, titulaires officielles des comptes, servaient toutes de véhicules financiers pour des opérations conduites « *de jure imperii* » ou pour des tâches publiques de l'Etat. Enfin, le Premier ministre de la République du Kazakhstan écrivit le 19 juillet 1999 directement au ministre suisse des Affaires étrangères pour se plaindre des saisies de comptes et de documents, et exiger la levée de ces mesures.

A nouveau, en dépit de l'invocation claire de l'immunité par la République du Kazakhstan et du problème politique posé par les interventions du Premier ministre en exercice auprès du ministre suisse des Affaires étrangères,⁷⁰ la Chambre d'accusation de Genève et le Tribunal fédéral n'ont pas, dans certaines de leurs jurisprudences, tranché directement la question de l'immunité de juridiction et d'exécution de l'Etat et du chef d'Etat en exercice. La raison invoquée était que ces derniers n'apparaissaient que de manière indirecte dans la procédure, en tant que bénéficiaires économiques des comptes ou en tant que possesseurs d'une procuration sur un compte.⁷¹ Le Tribunal fé-

⁶⁹ Conformément à la Convention de diligence des banques (CDB), modifiée en 1987, dont la portée est quasi législative, les banques ont l'obligation de vérifier l'identité du dépositaire de fonds ainsi que de l'ayant-droit économique lorsque les opérations de caisse excèdent CHF 25 000.- (formulaire A). Voir KISTLER, M., *La vigilance requise en matière d'opérations financières. Etude de l'article 305^{ter} du Code pénal suisse*, Zurich 1994.

⁷⁰ Apparemment, les autorités judiciaires genevoises étaient en contact avec le Département fédéral des affaires étrangères, puisqu'un entretien a eu lieu entre celui-ci et le dit Département le 29 juillet 1999, soit dix jours après la réception par le ministre des Affaires étrangères Deiss de la lettre du 19 juillet 1999 du Premier ministre en exercice de la République du Kazakhstan (arrêt du Tribunal fédéral, affaire *République du Kazakhstan*, 8 décembre 2000, réf. 1P.582/2000, consid. 1 g), p. 7.

⁷¹ Ce qui était la position principale de la Chambre d'accusation dans ses Ordonnances du 29 juin 2000 (voir not. OCA 155/00, P/8511/1999, p. 12), et bien que le Tribunal fédéral ait confirmé « en passant » cette absence de qualité pour recourir de la République du Kazakhstan ou du président de ce pays (arrêt du Tribunal fédéral, affaire *République du Kazakhstan*, 8 décembre 2000, réf. 1P.582/2000, consid. 5, p. 5).

déral, appliquant l'article 80^e de la Loi sur l'entraide internationale en matière pénale (EIMP) affirma également que les recourants ne subissaient pas un « préjudice irréparable » du fait des mesures de saisie effectuées à l'encontre des documents bancaires.⁷²

Mais surtout, la Chambre d'accusation, suivie en cela par le Tribunal fédéral, affirma que les sociétés titulaires des comptes, pourtant considérées par la République du Kazakhstan comme étant chargées de tâches publiques par l'Etat kazakh, ne pouvaient bénéficier d'une immunité que si elles s'inscrivaient dans un cadre « *de jure imperii* » et non « *de jure gestionis* ».⁷³

Ainsi, la Chambre d'accusation précisa que « l'immunité de juridiction aussi bien que d'exécution (n'était) due à un Etat étranger (qu') au cas où il a exercé, dans le cas examiné, une activité relevant de sa souveraineté, c'est-à-dire lorsqu'il a agi « *iure imperii* » (*sic*)⁷⁴. En revanche, si l'Etat étranger a agi comme titulaire de droits privés, partant s'il a agi « *iure gestionis* », (il faut admettre) contre lui non seulement une demande mais encore des mesures d'exécution forcée,

⁷² Arrêt du Tribunal fédéral, affaire *République du Kazakhstan*, 8 décembre 2000, réf. 1P.582/2000, consid. 1 b) à d), p. 4-6. L'argument était notamment que « les recourantes (n'étaient) guère touchées dans leurs droits patrimoniaux » et que la République du Kazakhstan ne saurait se prévaloir d'un préjudice juridique, puisqu'elle n'(était) ni titulaire, ni ayant-droit des comptes visés » (dans l'affaire traitée *in casu* par le Tribunal fédéral, les ayant-droit économiques étaient des proches du chef de l'Etat kazakh). La solution aurait pu être différente, semble-t-il, si les recourants avaient pu démontrer que la saisie des documents bancaires avait mis « en péril l'activité économique des entités concernées » (*ibid.*, consid. 1 d)).

⁷³ La Chambre d'accusation de Genève parle d'application « *mutatis mutandis* » de la jurisprudence du Tribunal fédéral applicable au sujet de séquestres civils à la saisie prononcée par le juge pénal à titre probatoire ou en vue de la confiscation (Ordonnance de la Chambre d'accusation de Genève, 29 juin 2000, réf. P/8511/1999. DREC/324/99. OCA 162/00, p. 12, ladite ordonnance faisant application d'un arrêt du Tribunal fédéral rendu précédemment dans la même cause *République du Kazakhstan*, 24 décembre 1999, réf. 1P.628/1999, p. 4-5). Dans l'arrêt *République du Kazakhstan*, 25 juin 2001, réf. 1A.94/2001, le Tribunal fédéral ne put échapper au raisonnement relatif à l'immunité d'exécution de l'Etat du Kazakhstan, du fait que les comptes concernés avaient été ouverts au nom du « Trésor du Kazakhstan ».

⁷⁴ A ce propos, la Chambre d'accusation ordonna la levée de la saisie pénale sur un compte dont elle put s'assurer que « les fonds (étaient) revenus dans la sphère juridique des autorités kazakhes, autorités auxquelles (la Chambre) n'(était) pas en droit de prêter des intentions illicites, quant à l'utilisation de ces fonds, ce d'autant (...) que les explications fournies par la République du Kazakhstan n'(étaient) pas dépourvues de vraisemblance » (Ordonnance de la Chambre d'accusation de Genève, 29 juin 2000, réf. P/8511/1999, DREC/324/99, OCA 162/00, p. 11).

dans la mesure où le rapport de droit qu'il faut apprécier présente une relation suffisante avec la Suisse »⁷⁵.

Le Tribunal fédéral entérina cette position et affirma – pour la première fois en matière pénale – que « selon la conception restrictive qui prévaut en Suisse, le principe de l'immunité des États étrangers n'est pas une règle absolue. L'État étranger peut invoquer le principe de l'immunité de juridiction s'il a agi en vertu de sa souveraineté (*« iure imperii »*) ; si, en revanche, il a agi comme titulaire d'un droit privé, au même titre qu'un particulier, il peut être soumis à la juridiction suisse ».⁷⁶

Pour distinguer l'activité « *de jure imperii* » de l'activité « *de jure gestionis* », le Tribunal fédéral affirma tout d'abord ne pas vouloir s'en tenir au seul rattachement de l'activité considérée au droit public ou au droit privé, du fait que cette distinction peut être parfois malaisée à effectuer. De même, il refusa de considérer le but poursuivi par l'État. Il retint pour unique critère la *nature intrinsèque de l'opération mise sur pied par l'État*. La question qui se pose dès lors, avant d'admettre qu'une activité est au bénéfice de l'immunité de juridiction ou d'exécution, est celle de savoir « si l'acte relève de la puissance publique, ou s'il s'agit d'un rapport juridique qui pourrait, dans une forme identique ou semblable, être conclu par deux particuliers », étant précisé que « ce qui vaut pour l'immunité de juridiction vaut en principe aussi pour l'immunité d'exécution »⁷⁷.

Or, le Tribunal fédéral douta dans un arrêt que l'État étranger puisse invoquer le bénéfice de l'immunité de juridiction et d'exécution dans la mesure où il avait eu recours à des sociétés privées, et en particulier s'il ne pouvait pas prouver qu'il était lui-même l'ayant-droit économique des comptes.⁷⁸

Mais surtout, le Tribunal fédéral considéra dans le dernier arrêt de la série que les biens de la République qui avaient été saisis étaient le produit de « droits relatifs à des concessions pétrolières ». Et donc que la République s'est comportée, « à l'instar de tout privé offrant un

⁷⁵ Ordonnance de la Chambre d'accusation de Genève, 29 juin 2000, réf. P/8511/1999, DREC/324/99, OCA 162/00, p. 12. L'Ordonnance de la Chambre d'accusation faisait référence aux arrêts suivants du Tribunal fédéral : ATF 113 Ia 175 (affaire civile concernant la *République socialiste de Roumanie*) ; ATF 113 Ib 157 (affaire de saisie pénale concernant le *Vatican*) ; ATF 112 Ia 148 (affaire civile du *Centre social et culturel espagnol*) ; ATF 111 Ia 62 (affaire civile concernant la *Libye*).

⁷⁶ Arrêt du Tribunal fédéral, affaire *République du Kazakhstan*, 8 décembre 2000, réf. 1P.582/2000, consid. 2 c), p. 9, reproduit in : RSDIE 2000, p. 589–591. Dans le même sens, arrêt du Tribunal fédéral, affaire *République du Kazakhstan*, 25 juin 2001, réf. 1A.94/2001, consid. 4 a), p. 10.

⁷⁷ *Ibid.*, consid. 2 c), p. 9–10.

⁷⁸ *Ibid.*, consid. 2 d), p. 10–11.

bien ou un service et aboutissant, au terme de négociations menées sur un pied d'égalité, à la conclusion de contrats ». Selon le Tribunal fédéral, « le fait que ces fonds aient été conservés dans l'attente de leur utilisation future pour des tâches de l'Etat, soit pour le paiement direct de l'Etat Kazakh, soit encore pour être gérés et retransférés sur des comptes de la République en Suisse ou à l'étranger ne saurait à lui seul permettre de reconnaître l'immunité ». En effet, pour la Haute Cour, « les fonds de l'Etat sont toujours, en définitive, affectés à des tâches publiques. Ce qui est déterminant, en l'espèce, c'est que l'Etat recourant s'est comporté, dans la gestion des comptes, comme n'importe quel particulier, (...) (y compris) en ne désirant pas apparaître pour des raisons de discrétion ». ⁷⁹

VIII. La critique de l'évolution jurisprudentielle des affaires *Bongo* et *République du Kazakhstan*

La pratique du Tribunal fédéral, initiée par les jurisprudences *Bongo* et *République du Kazakhstan*, refuse aux Etats ou aux chefs d'Etat le droit de faire valoir, pour des raisons procédurales, leur immunité pénale s'ils ne sont que les titulaires économiques de comptes en banque.

Or, l'argument strictement procédural qui prévaut selon les jurisprudences invoquées fait fi du fait que les tribunaux suisses doivent vérifier d'office et d'entrée de cause la question de l'immunité pénale de juridiction et d'exécution des Etats et chefs d'Etat étrangers,⁸⁰ qui est d'ordre public – suisse et international – et qui ne peut être réduite à une simple dispute sur la qualité de parties dans la procédure pénale suisse.⁸¹ Un

⁷⁹ Affaire *République du Kazakhstan*, 25 juin 2001, réf. 1A.94/2001, consid.4 d), p. 12–13.

⁸⁰ Le Tribunal fédéral semble admettre ce principe du bout des lèvres dans l'arrêt *République du Kazakhstan*, 8 décembre 2000, réf. 1P.582/2000, consid. 1 e), p. 6. Dans ce sens, COMBACAU/SUR (cité à la n. 21), p. 243.

⁸¹ Le droit coutumier et les principes du droit des gens clairement établis font parties intégrantes du droit interne suisse au même titre que les traités (ATF 115 Ib 499 ; ATF 106 Ia 142 ; ATF 82 I 75 ; ASDI 1957, vol. 14, p. 136) ; AUER, A./MALINVERNI, G./HOTTELIER, M., *Droit constitutionnel suisse*, Berne 2000, vol. 1, n° 1828 ; DOMINICE, C., *Le droit international coutumier dans l'ordre juridique suisse*, Recueil de travaux publiés à l'occasion de l'Assemblée de la Société suisse des juristes, Genève 1969, p. 11–35, p. 15 ; GUGGENHEIM, P., *Traité de droit international public*, Genève 1953–1954, vol. I, p. 73, note 4 ;

Etat ne peut invoquer son droit interne pour refuser de respecter ses obligations internationales.⁸² Il suffit dès lors qu'un Etat étranger fasse valoir – sous réserve d'un abus de droit manifeste⁸³ – son immunité de juridiction et d'exécution dans un cadre déterminé pour que les instances judiciaires doivent examiner ce moyen.

Reste alors la question de la possibilité d'étendre au droit pénal, comme le font les différentes jurisprudences *République du Kazakhstan*, la distinction « *de jure imperii* » / « *de jure gestionis* », devenue traditionnelle en droit civil et commercial.⁸⁴ Certes, l'immunité tend actuellement plutôt à protéger non pas tellement une entité ou une personne en soi qu'une *fonction* étatique et *l'exercice d'une telle fonction* contre des interférences étrangères.⁸⁵ Comme le dit la Cour de cassation française, lorsque les actes commis par un (ancien) chef d'Etat sont « lié(e)s à l'exercice de la puissance publique (ils) ne peuvent trouver leur solution que dans les principes du droit public »⁸⁶.

Cette distinction est évidemment compliquée si les Etats ou chefs d'Etat utilisent des sociétés pour cacher des activités étatiques ou para-étatiques, ceci d'autant plus si les opérations paraissent suspectes : en passant par ces moyens, les Etats ou chefs d'Etat doivent s'attendre à ce que les Etats étrangers n'acceptent pas sans autre et immédiatement leur immunité de juridiction et d'exécution pour ces sociétés, du moins

STIRLING-ZANDA, S., *L'application judiciaire du droit international coutumier*, Zurich 2000, p. 121, 142 ; WILDHABER, L./BREITENMOSE, S., *The relationship between customary international law in Western European countries*, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* (ZaöRV) 1988, p. 163 ss, p. 197–200, avec notes bibliographiques et références jurisprudentielles. A ce sujet, la voie ouverte aux Etats étrangers de se plaindre au Conseil fédéral pour violation par une autorité du droit international, prévue par l'article 71 de la Loi sur la procédure administrative (dénonciation administrative au Conseil fédéral), en liaison avec l'article 54 Constitution (compétence de la Confédération en matière d'affaires étrangères), telle que suggérée par la jurisprudence du Tribunal fédéral (ATF 106 Ia 142, consid. 2 a)] paraît totalement insuffisante du fait du pouvoir discrétionnaire du Conseil fédéral de donner suite à une telle interpellation.

⁸² Voir l'affaire *Alabama* (Etats Unis/Royaume Unis), S.A., 14 septembre 1872, RAI, vol. 2, p. 780 ss. DAILLIER/PELLET (cité à la n. 1), n° 478 ; SHAW (cité à la n. 57), p. 102 ss.

⁸³ Sous réserve des réserves développées *infra*, un tel abus de droit peut être admis si l'Etat étranger se cache derrière des sociétés écran en violant *volontairement* le droit des Etats de situation des comptes (VERDROSS, A./SIMMA, B., *Universelles Völkerrecht. Theorie und Praxis*, Berlin 1984, n° 1177), ce qui n'était pas le cas dans l'affaire *République du Kazakhstan* puisque la banque connaissait les bénéficiaires économiques des comptes.

⁸⁴ La distinction « *de jure imperii* » / « *de jure gestionis* » en matière civile et commerciale a encore été récemment affirmée par une réponse du 28 août 1996 donnée par le Département fédéral des affaires étrangères à un questionnaire émanant de l'Ambassade du Japon à Berne (publiée in : RSDIE 1997, vol. 7, p. 649 ss).

⁸⁵ Voir n. 1.

⁸⁶ Civ. 1, 29 mai 1990, *Duvalier*, Bull. 1990, I, p. 87.

sans avoir procédé à quelques enquêtes préliminaires.⁸⁷ Comme le dit le Tribunal fédéral, dans ces cas, « la reconnaissance de l'immunité dépend (...) des résultats de ces investigations ».⁸⁸

Néanmoins, même si le Tribunal fédéral suisse applique depuis longtemps la théorie restrictive de l'immunité de juridiction et d'exécution d'un Etat étranger en matière civile et commerciale,⁸⁹ on peut être assez sceptique par rapport à l'assimilation pure et simple que fait le Tribunal fédéral entre une problématique civile et commerciale et une affaire de droit pénal.⁹⁰

On peut aussi douter que le simple fait que l'Etat étranger ait agi « selon un processus propre au droit privé » suffise pour admettre qu'il doive être considéré « comme n'importe quel particulier »⁹¹. La seule comparaison des méthodes de gestion et d'opérations d'un Etat avec celles du secteur privé ne devrait en principe pas permettre une telle distinction à l'heure du « new public management ».

⁸⁷ Cette position est précisément celle du Tribunal fédéral dans l'affaire de la *République du Kazakhstan* : « (les recourants) soutiennent qu'il faudrait examiner dans chaque cas dans quelle mesure les fonds déposés étaient destinés à des tâches publiques. Ils perdent de vue que tel est précisément le sens des investigations menées par le juge d'instruction » (arrêt du Tribunal fédéral, 8 décembre 2000, réf. 1P.585/2000, consid. 2 d), p. 8). Selon JENNINGS/WATTS (cité à la n. 6), p. 1042, note 1, le roi William des Pays-Bas aurait été condamné à une amende alors qu'il voyageait incognito en Suisse en 1873. La sentence n'aurait pas été exécutée lorsqu'il fit valoir ses qualités.

⁸⁸ Arrêt du Tribunal fédéral, affaire *République du Kazakhstan*, 8 décembre 2000, réf. 1P.582/2000, consid. 4 d), p. 10–11. Dans le même sens, voir l'article 4 para. 2 de la Résolution « Les immunités de juridiction et d'exécution du chef d'Etat et de gouvernement en droit international » de l'Institut de Droit International, adoptée lors de la Session de Vancouver en août 2001 selon lequel : « lorsque la légalité de l'appropriation d'un bien ou de tout autre avoir détenu par ou pour le compte d'un chef d'Etat prête sérieusement à doutes, (les dispositions concernant l'interdiction de saisie ou d'exécution forcée) n'empêchent pas les autorités de l'Etat duquel ces biens ou avoirs sont localisés de prendre à leur égard les mesures provisoires jugées indispensables pour en conserver le contrôle tant que la légalité de leur appropriation n'est pas établie à suffisance de droit ».

⁸⁹ Pour l'immunité d'exécution, voir l'arrêt du Tribunal fédéral dans l'affaire *Royaume de Grèce c. Julius Bär & Cie*, ATF 82 I 75 : « Dès l'instant qu'on admet dans certains cas qu'un Etat étranger peut être partie devant les tribunaux suisses à un procès (...), il faut admettre aussi qu'il peut faire en Suisse l'objet de mesures propres à assurer l'exécution forcée du jugement rendu contre lui. Sinon ce jugement serait dépourvu de ce qui est l'essence même de la sentence d'un Tribunal, à savoir qu'elle peut être exécutée même contre le gré de la partie condamnée. Il serait réduit à n'être qu'un simple avis de droit ».

⁹⁰ Arrêt du Tribunal fédéral, affaire *République du Kazakhstan*, 25 juin 2001, réf. 1A.94/2001, consid. 4 d), p. 12–13.

⁹¹ *Ibid.*, p. 13.

Mais surtout, la relativité de l'immunité dans le domaine civil et commercial procède de l'idée qu'en exerçant de telles activités, particulièrement en matière commerciale, avec des individus ou des sociétés privées, l'Etat lève implicitement son immunité en cas de contentieux. Notamment, les Etats admettent souvent d'être assignés devant des tribunaux internes lorsqu'ils agissent et contractent comme des sociétés commerciales.⁹²

Or, il est peu concevable que les Etats ou les chefs d'Etat en exercice acceptent d'être jugés pénalement ou de faire l'objet de mesures d'exécution pénale par des Etats étrangers⁹³ pour des actes qui ne relèvent pas du droit international pénal.⁹⁴ Il est en tout cas hors de question que des tribunaux nationaux s'érigent en juges pénaux pour les activités commises par des organes étatiques d'un autre Etat sur leur territoire, à moins précisément que le principe de l'universalité soit clairement admis par le droit international pour juger les actes en question.⁹⁵

Certes, les chefs d'Etat ou autres organes de l'Etat peuvent avoir violé le droit suisse, notamment en ce qui concerne l'obligation de déclarer qu'ils sont les bénéficiaires économiques des comptes. Pourtant, le droit en question est d'une importance relative dans l'ordre juridique international. Il ne tombe certainement pas sous le coup d'un droit international pénal en formation ou d'une interdiction dite de « *jus cogens* », aussi étendus que ceux-ci puissent être admis. Même en droit interne suisse, cette omission de déclarer le bénéficiaire économique d'un compte est d'une importance moindre et de nombreux

⁹² Argument retenu par le *Privy Council* dans l'affaire *Philippine Admiral v. Wallem Shipping Ltd*, ILR 1983, p. 90 ss, pour admettre la levée de l'immunité absolue en matière civile et commerciale. Voir également KELSEN, H., *Principles of International Law*, 2^e éd., New York (etc.) 1966, p. 359, n. 56. Voir enfin l'article 3 de la Résolution de l'Institut de Droit International, session de Vancouver, août 2001 (citée à la n. 88).

⁹³ KREN KOSTKIEWICZ (cité à la n. 6), p. 92. Dans le même sens, on n'imagine pas qu'un juge pénal interne décide de saisir et de confisquer des valeurs ou des biens appartenant à l'Etat sous prétexte que lesdites valeurs ou biens ont servi à commettre une infraction. Et les Constitutions prévoient généralement des procédures de levée d'immunité lourdes lorsque des chefs d'Etat en exercice ont violé le droit pénal de leur Etat.

⁹⁴ Ce qui n'est pas le cas des actes de corruption d'agents publics, de gestion déloyale des intérêts publics, ou autres actes constitutifs d'acceptation d'avantages.

⁹⁵ Un certain nombre de conventions internationales prévoient le principe de l'universalité pour des infractions, comme par exemple dans le domaine des droits de l'homme (génocide, torture, apartheid, etc.), du droit de la guerre, de la piraterie aérienne, du terrorisme, des stupéfiants (HENZELIN, M., *Le principe de l'universalité en droit pénal international*, Genève/Bâle/Bruxelles 2000, p. 239 ss). Dans ces cas, tout Etat pourrait être en droit de saisir, puis de confisquer les fonds provenant de ces activités délictueuses ou servant d'instruments à ces activités délictueuses, la question de l'immunité du chef d'Etat ou de l'Etat responsable de ces actes restant cependant ouverte.

pays ne connaissent pas de telle disposition.⁹⁶ Comme le dit Bindschedler, « l'argument (...) pénal ou l'invocation de règlements de police n'est (souvent) qu'un prétexte. (...) Les confiscations de caractère pénal (...) ont (parfois) en réalité plus pour but de dépouiller au profit de l'Etat un particulier auquel on ne saurait rien reprocher ou qu'un délit de peu d'importance. (Dans ce cas), l'exercice arbitraire de compétences qui en soi appartiennent à l'Etat, ainsi que l'utilisation d'institutions juridiques dans des buts qui lui sont étrangers ne sont rien d'autre que des abus de droit. Or, l'abus de droit n'est pas protégé en droit international public ».⁹⁷

Qui plus est, cette violation est principalement le fait de la personne qui a ouvert le ou les compte(s), et le chef d'Etat ou autre ministre ne connaît pas forcément les impératifs de droit suisse lorsqu'il demande à un agent de procéder à des opérations financières ou d'ouvrir un ou des compte(s) à l'étranger.

Sans compter, et à nouveau, qu'un crime de blanchiment nécessite forcément qu'un crime ait été commis en amont. Or, qui d'autre que l'Etat étranger peut mieux dire qu'un fait à l'origine du blanchiment tombe sous le coup de son propre droit pénal ?⁹⁸ A ce propos, il n'est pas admissible que la Suisse substitue purement et simplement sa propre appréciation à celle de l'Etat d'origine des fonds sur l'illégalité de l'acte ou des actes commis en amont. Un tel comportement consisterait en une intervention douteuse dans les affaires internes de l'Etat en question⁹⁹ et violerait le principe généralement reconnu en droit international public de l'« Act of State »¹⁰⁰. Enfin, refuser de tenir compte des déclarations officielles de l'Etat du lieu de commission de l'infraction

⁹⁶ La non-déclaration du bénéficiaire économique, ou plutôt la fausse déclaration d'un tel bénéficiaire, constitue une infraction de faux dans les titres, passible de trois ans d'emprisonnement (art. 251 CP ; voir arrêt du Tribunal fédéral, 30 novembre 1999, 6S.346/1999/ROD, consid. 4). L'infraction de blanchiment d'argent est, sauf dans les cas graves, passible également de trois ans d'emprisonnement (art. 305^{bis} CP).

⁹⁷ BINDSCHEDLER, R., *La protection de la propriété privée en droit international public*, RCADI 1956, t. 90, vol. II, p. 212-213.

⁹⁸ Art. 305^{bis} al. 3 CP : « Le délinquant est aussi punissable lorsque l'infraction principale a été commise à l'étranger et lorsqu'elle est aussi punissable dans l'Etat où elle a été commise ».

⁹⁹ Voir affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (fond, 1986), CIJ, 1986, p. 108, § 205. Voir également la « Déclaration sur l'inadmissibilité de l'intervention dans les affaires intérieures des Etats et la protection de leur indépendance et de leur souveraineté » (Résolution 2131 [XX] du 21 décembre 1965), ainsi que la « Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les Etats conformément à la Charte » (Résolution 2625 [XXV] du 24 octobre 1970) ; DAILLIER/PELLET (cité à la n. 1), n° 285.

¹⁰⁰ Voir *supra* n. 52.

tion principale reviendrait également à violer le principe selon lequel un Etat est présumé agir conformément au principe de la bonne foi.¹⁰¹ Le Tribunal fédéral invoque d'ailleurs régulièrement ce principe et il se fie généralement sans autre à la parole donnée par des Etats étrangers lorsqu'il s'agit de leur accorder l'entraide.¹⁰²

La simple affirmation qu'une violation du droit suisse a été commise pour lever l'immunité d'un Etat ou d'un chef d'Etat aurait pour conséquence de vider le principe même de l'immunité de toute substance. Par définition, l'immunité pénale ne peut exister que si une infraction a été commise. Le but de l'immunité est précisément de mettre à l'abri certaines personnes ou entités étatiques étrangères de poursuites pénales pour protéger certains *intérêts internationaux supérieurs*, dont font partie les bonnes relations entre les Etats.¹⁰³ Deux des intérêts internationaux et nationaux les plus évidents en matière d'immunité sont que les Etats évitent une instrumentalisation de la justice à des fins de politique étrangère et qu'ils ne laissent pas les affaires de politique étrangère à l'appréciation de juges nationaux, surtout s'il s'agit de juges cantonaux, en lieu et place des autorités politiques dûment accréditées pour ce faire.¹⁰⁴

Un argument d'adéquation des moyens peut également être invoqué. En effet, une fois les valeurs confisquées, l'Etat étranger peut demander officiellement à la Suisse de les lui restituer.¹⁰⁵ Or, les responsables de l'Etat étranger sont, en tant qu'organes, précisément les plus à même de le faire. Dès lors, on peut se demander s'il est opportun que des tribunaux étatiques s'érigent en justiciers mondiaux puis-

¹⁰¹ Voir KOLB, R., *La bonne foi en droit international public*, Paris 2000, p. 124–127, p. 143 ss.

¹⁰² ATF 104 Ia 448, consid. 5, p. 454 ; ATF 101 Ia 405, consid. 6b/bb, p. 415.

¹⁰³ DE VISSCHER, C., *Théories et réalités en droit international public*, 3^e éd., Paris 1960, p. 304–305.

¹⁰⁴ « Le recours à des mesures relevant de la procédure pénale vis-à-vis d'un chef de gouvernement ou ministre des affaires étrangères en exercice, à défaut de consentement ou de demande d'assistance judiciaire de la part de l'autorité étrangère compétente, équivaut en règle générale à une ingérence importante dans les rapports interétatiques et, de ce fait, appelle un examen particulièrement minutieux de l'ensemble des circonstances. (...) la saisie de documents normalement protégés par le secret bancaire *n'est pas sans poser des problèmes* pour les relations extérieures de la Suisse, spécialement lorsqu'elle a lieu (...) sur le fond d'une *lutte politique* dans le pays dont provient la personne concernée » (avis de droit du 17 décembre du DDIP au Ministère public de la Confédération, RSDIE 1999, p. 696 ss, p. 698).

¹⁰⁵ Art. 63 al. 2 let. d) EIMP ; HARARI, M., *Corruption à l'étranger : quel sort réserver aux fonds saisis en Suisse ?*, RPS 1998, p. 1 ss.

que les montants suspects doivent en principe retourner dans leur pays d'origine.¹⁰⁶

Enfin, *last but not least*, et à nouveau, une telle position pourrait entrer en contradiction avec le droit international, affirmé récemment par l'arrêt de la Cour internationale de Justice dans l'affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*¹⁰⁷, même si toutes les conséquences de cet arrêt n'ont pas encore été analysées.¹⁰⁸

IX. Conclusion

La question de l'immunité de juridiction pénale des chefs d'Etat étrangers est en pleine évolution, voire révolution par rapport au système wesphalien classique. Certes, ce n'est pas demain que des présidents de grands et puissants Etats seront arrêtés en pleine rue comme de vulgaires voleurs lorsqu'ils viendront faire du ski à Zermatt ou à St-Moritz. Comme le disait le doyen Duguit, « les faits sont tenaces ». Ou, pour citer le poète Fernando Pessoa, « la création (juridique en l'occurrence) doit tout de même s'appuyer sur la béquille du réel ».

Cependant, de nombreux signes montrent une érosion et une remise en question progressives de l'immunité des chefs d'Etat étrangers, et ceci non seulement dans le cadre de litiges civils et commerciaux, où la distinction « *de jure gestionis* / « *de jure imperii* »¹⁰⁹ devient presque la règle, mais également dans le domaine du droit pénal. Tout d'abord,

¹⁰⁶ La Chambre d'accusation a été sensible à cet argument lorsqu'elle a rendu son ordonnance de déblocage de saisie dans l'affaire P/8511/1999. DREC/324/99. OCA 162/00.

¹⁰⁷ Cité à la n. 21.

¹⁰⁸ Si l'arrêt cité, qui concernait un ministre des Affaires étrangères, pourrait éventuellement s'appliquer *ad minima minimis* à un chef d'Etat, il faut toutefois relever que l'arrêt se base principalement sur l'argument selon lequel la *fonction* d'un ministre des Affaires étrangères exige le maintien de l'immunité absolue (affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* [cité à la n. 21], n° 53–54). Or, il n'est pas absolument certain que les fonctions d'un chef d'Etat en exercice procèdent de la même logique que celles d'un ministre des Affaires étrangères. De son côté, l'Institut de Droit International a récemment clairement réaffirmé dans sa Résolution d'août 2001 (citée à la n. 88) que « Les autorités de l'Etat doivent accorder au chef d'Etat étranger, dès l'instant où sa qualité est connue, l'inviolabilité, l'immunité de juridiction et l'immunité d'exécution auxquelles il a droit ».

¹⁰⁹ Sur la relativisation de l'immunité civile et commerciale, voir notamment PINGEL-LENUZZA, I., *Les immunités des Etats en droit international*, Bruxelles 1998.

les chefs d'Etat étrangers ne bénéficient plus de privilèges lorsqu'ils sont recherchés par les Tribunaux pénaux internationaux. De même ne sont-ils plus à l'abri de poursuites pénales lorsqu'ils n'occupent plus leurs fonctions, en tous les cas pour leurs actes « *jure gestionis* », ou lorsque leur propre Etat lève leur immunité. Enfin, certains signes montrent que les autorités judiciaires acceptent de moins en moins les actes de pillage des ressources et des finances d'Etats ou de corruption, y compris lorsqu'il s'agit de pays en voie de développement.

Dans ces cas, les actes reprochés aux chefs d'Etat sortent à l'évidence de la majesté et de la fonction de l'Etat¹¹⁰ pour être assimilés à de vulgaires crimes de droit commun. En quelque sorte, le pillage des ressources d'un Etat, les détournements de fonds à des fins privées et les actes de corruption par des chefs d'Etat correspondraient à des actes « *de jure gestionis* », ou plutôt de « *mala gestione* », et non pas à des actes « *de jure imperii* ». Or, ces actes pourraient ne plus être couverts par l'immunité, ce qui était d'ailleurs la conclusion du gouvernement philippin dans sa note verbale à l'Ambassade des Etats-Unis dans l'affaire *Marcos*.¹¹¹

Ce glissement n'est pas sans rappeler celui qui est intervenu petit-à-petit dans le domaine de l'immunité civile et commerciale des Etats, vers une approche *fonctionnelle* des tâches de l'Etat. Dans ce sens, la solution de l'affaire de la *République du Kazakhstan* est facilitée par le fait qu'elle ne met pas vraiment en cause, lorsqu'il s'agit de biens saisis ou confisqués, l'immunité « *ratione personae* » des chefs d'Etat. En effet, dans ce cas, l'Etat saisissant agit « *in rem* », et non pas tellement « *in personam* » à l'encontre de la personne physique du chef d'Etat étranger.

Cependant, il serait dangereux d'approuver une telle (r)évolution sans quelques réserves. Tout d'abord, il est assez problématique, voire illégal en droit international au vu de la doctrine dite de l'« Act of State »,¹¹² que les Etats substituent leur propre appréciation à celle d'un chef d'Etat en exercice ou de l'appareil officiel d'un autre Etat sur ce qui constitue un « détournement » de fonds, un acte de corruption, ou

¹¹⁰ En tout cas telle qu'elle est admise aujourd'hui, la propriété de l'Etat n'étant généralement plus assimilée comme se confondant avec celle du Prince.

¹¹¹ Pour le Prof. Dominicé dans sa note relative à l'affaire *Marcos*, « (on) peut se demander si tous les actes accomplis à l'occasion de fonctions officielles sont des actes de fonction. Pour parler clair, puiser dans la caisse pourrait être considéré comme un acte privé » (SJ 1990, p. 522). Dans le même sens, l'avis de droit du 17 décembre 1998 du DDIP adressé au Ministère public de la Confédération considère que « le trafic de drogue (...) se situe (...) clairement en dehors des activités gouvernementales protégées par le droit des gens (*acta jure imperii*) dont un premier ministre pourrait se prévaloir avec succès, le cas échéant en se fondant sur une mission spéciale » (RSDIE 1999, p. 700).

¹¹² Voir la n. 57.

sur ce que ce chef d'Etat ou haut responsable est en droit de faire dans son propre pays.¹¹³

Sans compter le problème politique qui peut émerger lorsqu'un juge étranger investigue, saisit et confisque des fonds – parfois sans le doigté requis et sans la connaissance de la réalité locale¹¹⁴ – sur des faits qui peuvent être très sensibles. De tels agissements peuvent en effet violer les principes fondamentaux qui permettent d'assurer la cohabitation harmonieuse entre les Etats et qui sont à la base du droit de l'immunité : l'acceptation de l'égalité souveraine des Etats, le respect mutuel, la non-ingérence.¹¹⁵

Il est également assez curieux que des juges puissent juger sans autre pénalement des chefs d'Etat étrangers ou saisir des valeurs ou des biens appartenant à des Etats ou des chefs d'Etat étrangers alors même qu'ils ne peuvent généralement pas le faire à l'encontre de leur propre chef d'Etat sans passer par des procédures complexes de levée d'immunité.¹¹⁶ Il y a également fort à parier que ce genre de procédure pénale n'ait lieu qu'à l'encontre d'Etats faibles politiquement, voire militairement. On imagine en effet mal que la Suisse fasse fi de protestations officielles que le gouvernement américain ou les gouvernements de grands pays européens voisins puissent émettre lorsqu'ils considéreraient que leur intérêt national est en jeu, ce qui renforcerait encore le sentiment de « double standard » qui se développe dans les pays du tiers monde ou les pays peu puissants.

Enfin, on peut douter qu'un Etat isolé, et surtout quelques juges solitaires, aussi bien intentionnés soient ils, puissent lutter efficacement contre ces phénomènes de criminalité transnationale de droit commun, mais à forte dimension politique, sans que cette lutte soit large-

¹¹³ Cela d'autant plus lorsque les opérations financières servent à couvrir des actions aussi complexes et hautement politiques que les achats et ventes d'armes, le soutien d'opposants ou de guérillas étrangers, etc., qui constituent manifestement des actes d'Etat.

¹¹⁴ Selon « The Economist », 9-15 juin 2001, p. 68, les habitants du Kazakhstan seraient peu disposés à critiquer leur système politique du fait qu'ils semblent y trouver leur compte. Cet hebdomadaire assume évidemment l'entière responsabilité de ses déclarations.

¹¹⁵ La réaction du Chili après l'arrestation de Pinochet est tout à fait symptomatique à ce sujet. De même dans l'affaire de la *République du Kazakhstan*, le Premier ministre de cet Etat s'est plaint officiellement, par lettre du 19 juillet 1999, auprès du ministre suisse des Affaires étrangères de l'activisme du juge genevois.

¹¹⁶ Voir notamment, à titre comparatif, l'affaire des commissions versées par *Elf*, l'enquête pénale française s'étant heurtée au « secret-défense » (« Le Monde », 8 août 2000).

ment et clairement admise et soutenue par la communauté internationale.¹¹⁷

En conclusion, s'il faut se réjouir que l'immunité de juridiction et d'exécution pénale ne puisse plus couvrir n'importe quelle activité de pillage de ressources ou de corruption d'un chef d'Etat, encore faut-il respecter un cadre international – et le droit international – pour ce faire. A ce titre, la promotion politique de conventions internationales en matière de lutte contre la corruption et le pillage des ressources, telles celles proposées par l'ONU, l'OCDE et le Conseil de l'Europe¹¹⁸ est probablement plus acceptable et profitable à long terme que certaines actions judiciaires unilatérales qui ne manqueront pas de heurter frontalement d'autres Etats.¹¹⁹

Me Marc Henzelin
Avocat
6, rue de l'Athénée
1206 Genève
mhenzelin@lalive.ch

¹¹⁷ L'action unilatérale des juges pénaux en matière de saisie et de confiscation de produits de crimes commis à l'étranger au nom de la « morale internationale » n'est pas sans rappeler la « *kosmopolitische Theorie* », en vogue parmi certains auteurs du XIX^e siècle (voir HENZELIN [cité à la n. 95], n° 322 ss).

¹¹⁸ Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales, 21 novembre 1997 ; Convention pénale du Conseil de l'Europe sur la corruption, 27 janvier 1999, STE n° 173 ; Convention civile du Conseil de l'Europe sur la corruption, 4 novembre 1999, STE n° 174.

¹¹⁹ Voir notamment les travaux de la Banque mondiale (<http://www.worldbank.org>), du Groupe d'Etats contre la corruption (GRECO) du Conseil de l'Europe (<http://www.greco.coe.int>) ainsi que des Etats de l'OCDE (<http://www.oecd.org/daf/nocorruption/20nov1f.htm>). Dans ce sens, GULLY-HART (cité à la n. 66), p. 1340 ss.