

DISSENTING OPINION OF JUDGE AL-KHASAWNEH

Immunity of a Foreign Minister functional — Its extent is not clear — Different from diplomatic representatives — Also different from Heads of State — Ministers entitled to immunity from enforcement when on official missions — But not on private visits — Belgian warrant did not violate Mr. Yerodia's immunity — Express language on non-enforceability when on official mission — Circulation of warrant not accompanied by Red Notice — More fundamental question is whether there are exceptions in the case of grave crimes — Immunity and impunity — Distinction between procedural and substantive aspects of immunity artificial — Cases postulated by the Court do not address questions of impunity adequately — Effective combating of grave international crimes has assumed a jus cogens character — Should prevail over rules on immunity — Development in the field of jurisdictional immunities relevant — Two faulty premises — Absolute immunity — No exception — Dissent.

1. As a general proposition it may be said without too much fear of contradiction that the effective conduct of diplomacy — the importance of which for the maintenance of peaceful relations among States needs hardly to be demonstrated — requires that those engaged in such conduct be given appropriate immunities from — *inter alia* — criminal proceedings before the courts of other States. The nature and extent of such immunities has been clarified in the case of diplomatic representatives in the 1961 Vienna Convention, as well as in extensive jurisprudence since the adoption of that Convention. By contrast, and this is not without irony, the nature and extent of immunities enjoyed by Foreign Ministers is far from clear, so much so that the ILC Special Rapporteur on Jurisdictional Immunities of States and Their Property expressed the opinion that the immunities of Foreign Ministers are granted on the basis of comity rather than on the basis of established rules of international law. To be sure the Convention on Special Missions — the status of which as a reflection of customary law is however not without controversy — covers the immunities of Foreign Ministers who are on official mission, but reserves the extent of those immunities under the unhelpful formula:

“The Head of the Government, the Minister for Foreign Affairs and other persons of high rank, when they take part in a special mission of the sending State, shall enjoy in the receiving State or in a third State, in addition to what is granted by the present Convention, the facilities, privileges and immunities accorded by international law.” (Art. 21, para. 2.)

OPINION DISSIDENTE DE M. AL-KHASAWNEH

[Traduction]

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

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

« Le chef de gouvernement, le ministre des affaires étrangères et les autres personnalités de rang élevé, quand ils prennent part à une mission spéciale de l'Etat d'envoi, jouissent, dans l'Etat de réception ou dans un Etat tiers, en plus de ce qui est accordé par la présente convention, des facilités, privilèges et immunités reconnus par le droit international. » (Art. 21, par. 2.)

Nor is the situation made any clearer by the total absence of precedents with regard to the immunities of Foreign Ministers from criminal process. What is sure however is that the position of Foreign Ministers cannot be assimilated to diplomatic representatives for in the case of the latter the host State has a discretion regarding their accreditation and can also declare a representative *persona non grata*, which in itself constitutes some sanction for wrongful conduct and more importantly opens the way — assuming good faith of course — for subsequent prosecution in his/her home State. A Minister for Foreign Affairs accused of criminal conduct — and for that matter criminal conduct that infringes the interests of the community of States as a whole in terms of the gravity of the crimes he is alleged to have committed, and the importance of the interests that the community seeks to protect and who is furthermore not prosecuted in his home State — is hardly under the same conditions as a diplomatic representative granted immunity from criminal process.

2. If the immunities of a Minister for Foreign Affairs cannot be assimilated to a diplomatic representative, can those immunities be established by assimilating him to a Head of a State? Whilst a Foreign Minister is undoubtedly an important personage of the State and represents it in the conduct of its foreign relations, he does not, in any sense, personify the State. As Sir Arthur Watts correctly puts it:

“heads of governments and foreign ministers, although senior and important figures, do not symbolize or personify their States in the way that Heads of States do. Accordingly, they do not enjoy in international law any entitlement to special treatment by virtue of qualities of sovereignty or majesty attaching to them personally.” (A. Watts, “The Legal Position in International Law of Heads of States, Heads of Governments and Foreign Ministers”, *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1994, Vol. 247, pp. 102-103).

3. Moreover, it should not be forgotten that immunity is by definition an exception from the general rule that man is responsible legally and morally for his actions. As an exception, it has to be narrowly defined.

4. A Minister for Foreign Affairs is entitled to immunity from enforcement when on official mission for the unhindered conduct of diplomacy would suffer if the case was otherwise, but the opening of criminal investigations against him can hardly be said by any objective criteria to constitute interference with the conduct of diplomacy. A faint-hearted or ultra-sensitive Minister may restrict his private travels or feel discomfort but this is a subjective element that must be discarded. The warrant

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

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

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

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

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

issued against Mr. Yerodia goes further than a mere opening of investigation and may arguably be seen as an enforcement measure but it contained express language to the effect that it was not to be enforced if Mr. Yerodia was on Belgian territory on an official mission. In fact press reports — not cited in the Memorials or the oral pleadings — suggest that he had paid a visit to Belgium after the issuance of the warrant and no steps were taken to enforce it. Significantly also the circulation of the international arrest warrant was not accompanied by a Red Notice requiring third States to take steps to enforce it (which only took place after Mr. Yerodia had left office) and had those States acted they would be doing so at their own risk. A breach of an obligation presupposes the existence of an obligation and in the absence of any evidence to suggest a Foreign Minister is entitled to absolute immunity, I cannot see why the Kingdom of Belgium, when we have regard to the terms of the warrant and the lack of an Interpol Red Notice was in breach of its obligations owed to the Democratic Republic of Congo.

5. A more fundamental question is whether high State officials are entitled to benefit from immunity even when they are accused of having committed exceptionally grave crimes recognized as such by the international community. In other words, should immunity become *de facto* impunity for criminal conduct as long as it was in pursuance of State policy? The Judgment sought to circumvent this morally embarrassing issue by recourse to an existing but artificially drawn distinction between immunity as a substantive defence on the one hand and immunity as a procedural defence on the other. The artificiality of this distinction can be gleaned from the ILC commentary to Article 7 of the Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind, which states: “The absence of any procedural immunity with respect to prosecution or punishment in appropriate judicial proceedings” — and it should not be forgotten that the draft was intended to apply to national or international courts — “is an essential corollary of the absence of any substantive immunity or defence. It would be paradoxical to prevent an individual from invoking his official position to avoid responsibility for a crime only to permit him to invoke this same consideration to avoid the consequences of this responsibility.”

6. Having drawn this distinction, the Judgment then went on to postulate four cases where, in an attempt at proving that immunity and impunity are not synonymous, a Minister, and by analogy a high-ranking official, would be held personally accountable:

- (a) for prosecution in his/her home State;
- (b) for prosecution in other States if his/her immunity had been waived;

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

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

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

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

- (c) after he/she leaves office except for official acts committed while in office;
- (d) for prosecution before an international court.

This paragraph (Judgment, para. 61) is more notable for the things it does not say than for the things it does: as far as prosecution at home and waiver are concerned, clearly the problem arises when they do not take place. With regard to former high-ranking officials the question of impunity remains with regard to official acts, the fact that most grave crimes are definitionally State acts makes this more than a theoretical lacuna. Lastly with regard to existing international courts their jurisdiction *ratione materiae* is limited to the two cases of the former Yugoslavia and Rwanda and the future international court's jurisdiction is limited *ratione temporis* by non-retroactivity as well as by the fact that primary responsibility for prosecution remains with States. The Judgment cannot dispose of the problem of impunity by referral to a prospective international criminal court or existing ones.

7. The effective combating of grave crimes has arguably assumed a *jus cogens* character reflecting recognition by the international community of the vital community interests and values it seeks to protect and enhance. Therefore when this hierarchically higher norm comes into conflict with the rules on immunity, it should prevail. Even if we are to speak in terms of reconciliation of the two sets of rules, this would suggest to me a much more restrictive interpretation of the immunities of high-ranking officials than the Judgment portrays. Incidentally, such a restrictive approach would be much more in consonance with the now firmly established move towards a restrictive concept of State immunity, a move that has removed the bar regarding the submission of States to jurisdiction of other States often expressed in the maxim *par in parem non habet imperium*. It is difficult to see why States would accept that their conduct with regard to important areas of their development be open to foreign judicial proceedings but not the criminal conduct of their officials.

8. In conclusion, this Judgment is predicated on two faulty premises:
- (a) that a Foreign Minister enjoys absolute immunity from both jurisdiction and enforcement of foreign States as opposed to only functional immunity from enforcement when on official mission, a proposition which is neither supported by precedent, *opinio juris*, legal logic or the writings of publicists;
 - (b) that as international law stands today, there are no exceptions to the immunity of high-ranking State officials even when they are accused of grave crimes. While, admittedly, the readiness of States and municipal courts to admit of exceptions is still at a very nebulous stage of development, the situation is much more fluid than the

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

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

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

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

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

Judgment suggests. I believe that the move towards greater personal accountability represents a higher norm than the rules on immunity and should prevail over the latter. In consequence, I am unable to join the majority view.

(Signed) Awn AL-KHASAWNEH.

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

(Signé) Awn AL-KHASAWNEH.
