Chapitre V

IMMUNITÉ DE JURIDICTION PÉNALE ÉTRANGÈRE DES REPRÉSENTANTS DE L'ÉTAT

A. Introduction

40. À sa cinquante-neuvième session (2007), la Commission a décidé d'inscrire à son programme de travail le sujet « Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État » et a nommé M. Roman A. Kolodkin Rapporteur spécial pour le sujet[226]. À la même session, elle a prié le Secrétariat d'établir une étude générale sur le sujet, qui a été communiquée à la Commission à sa soixantième session[227].

41. Le Rapporteur spécial a présenté trois rapports. La Commission a reçu et examiné le rapport préliminaire à sa soixantième session (2008), et les deuxième et troisième rapports à sa soixante-troisième session (2011)[228]. Elle n'a pas pu examiner le sujet à sa soixante et unième session (2009) ni à sa soixante-deuxième session (2010)[229].

42. À sa soixante-quatrième session (2012), la Commission a nommé Mme Concepción Escobar Hernández Rapporteuse spéciale en remplacement de M. Kolodkin, qui n'était plus membre de la Commission. À la même session, elle a reçu et examiné le rapport préliminaire de la Rapporteuse spéciale nouvellement désignée[230].

B. Examen du sujet à la présente session

43. La Commission était saisie du deuxième rapport de la Rapporteuse spéciale (A/CN.4/661). Elle a examiné le rapport de sa 3164e à sa 3168e séance et à sa 3170e séance, les 15, 16, 17, 21, 22 et 24 mai 2013, respectivement.

44. Dans son deuxième rapport, la Rapporteuse spéciale a fait fond sur les approches méthodologiques et le plan de travail général exposés dans son rapport préliminaire, en tenant compte des débats tenus en 2012 à la Commission du droit international et à la Sixième Commission. Ce rapport traitait de : *a*) la portée du sujet et le champ d'application du projet d'articles ; *b*) les notions d'immunité et de juridiction ; *c*) la distinction entre immunité *ratione personae* et immunité *ratione materiae* ; et *d*) la détermination des éléments normatifs du régime de l'immunité *ratione personae*. À partir de cette analyse, six projets d'article ont été présentés pour examen par la Commission. Ces projets d'article portaient sur le champ d'application du projet d'articles (projet d'article 1)[231] ; les immunités exclues du champ d'application du projet d'articles (projet d'article 2)[232] ; les définitions de la juridiction pénale, de l'immunité de juridiction pénale étrangère, de l'immunité *ratione personae* et de l'immunité *ratione materiae* (projet d'article 3)[233] ; la portée subjective

[226] À sa 2940e séance, le 20 juillet 2007 [voir *Annuaire… 2007*, vol. II (2e partie), par. 376]. L'Assemblée générale, au paragraphe 7 de la résolution 62/66, en date du 6 décembre 2007, a pris note de la décision de la Commission d'inscrire le sujet à son programme de travail. Le sujet avait été inscrit au programme de travail de la Commission au cours de sa cinquante-huitième session (2006), sur la base d'une proposition figurant à l'annexe I du rapport de la Commission [voir *Annuaire… 2006*, vol. II (2e partie), p. 194, par. 257, et p. 199 à 209].

[227] *Annuaire… 2007*, vol. II (2e partie), p. 105, par. 386. Pour l'étude du Secrétariat sur ce sujet, voir le document A/CN.4/596 et Corr.1 (document reprographié, disponible sur le site Web de la Commission, soixantième session).

[228] *Annuaire… 2008*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/601 (rapport préliminaire) ; *Annuaire… 2010*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/631 (deuxième rapport) ; *Annuaire… 2011*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/646 (troisième rapport).

[229] Voir *Annuaire… 2009*, vol. II (2e partie), par. 207 ; et *Annuaire… 2010*, vol. II (2e partie) , p. 201, par. 343.

[230] *Annuaire… 2012*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/654.

[231] Le projet d'article 1 était libellé comme suit :

« *Champ d'application du projet d'articles*

« Sans préjudice des dispositions du projet d'article 2, le présent projet d'articles renvoie à l'immunité dont jouissent certains représentants de l'État au regard des juridictions pénales d'un autre État. »

[232] Le projet d'article 2 était libellé comme suit :

« *Immunités exclues du champ d'application du projet d'articles*

« Sont exclues du champ d'application du présent projet d'articles :

« *a*) Les immunités pénales reconnues dans le cadre des relations diplomatiques, des relations consulaires, ou dans le cadre ou le contexte d'une mission spéciale ;

« *b*) Les immunités pénales établies dans le cadre d'accords de siège ou de traités régissant la représentation diplomatique devant les organisations internationales ou définissant les privilèges et immunités des organisations internationales et de leurs représentants ou agents ;

« *c*) Les immunités qui peuvent être établies en vertu d'autres traités internationaux ad hoc ;

« *d*) Toutes les autres immunités qui peuvent être accordées unilatéralement par un État aux représentants d'un autre État, en particulier quand ces derniers se trouvent sur son territoire. »

[233] Le projet d'article 3 était libellé comme suit :

« *Définitions*

« Aux fins du présent projet d'articles :

« *a*) On entend par "juridiction pénale" l'ensemble des compétences, processus, procédures et actes qui, conformément au droit de l'État qui entend exercer sa compétence, sont nécessaires pour qu'une juridiction puisse déterminer et sanctionner la responsabilité pénale individuelle des auteurs d'actes érigés en crimes ou délits par la loi de cet État. Aux fins de la définition de la notion de "juridiction pénale", le titre de compétence sur lequel l'État se fonde pour exercer sa compétence est indifférent ;

« *b*) On entend par "immunité de juridiction pénale étrangère" la protection dont jouissent certains fonctionnaires de l'État et qui fait obstacle à l'exercice de la compétence pénale par les juridictions d'un État tiers ;

« *c*) On entend par "immunité *ratione personae*" l'immunité de juridiction pénale étrangère qui s'attache à certains fonctionnaires de l'État en vertu de la qualité qu'ils détiennent dans l'État dont ils ont la nationalité et qui leur donne une fonction de représentation directe et automatique de l'État dans les relations internationales ;

« *d*) On entend par "immunité *ratione materiae*" l'immunité de juridiction pénale étrangère qui s'attache à un fonctionnaire de l'État pour les actes qu'il accomplit dans l'exercice de ses fonctions et qui peuvent être qualifiés d'"actes officiels". »

de l'immunité *ratione personae* (projet d'article 4)[234]; le champ d'application matériel de l'immunité *ratione personae* (projet d'article 5)[235]; et le champ d'application temporel de l'immunité *ratione personae* (projet d'article 6)[236].

45. À l'issue de son débat sur le deuxième rapport de la Rapporteuse spéciale, la Commission, à sa 3170e séance, le 24 mai 2013, a décidé de renvoyer les six projets d'article qui figuraient dans le rapport au Comité de rédaction, étant entendu que celui-ci tiendrait compte des points de vue exprimés au cours du débat en séance plénière.

46. À sa 3174e séance, le 7 juin 2013, la Commission a reçu le rapport du Comité de rédaction et a adopté à titre provisoire trois projets d'article (voir *infra* la section C.1).

47. De sa 3193e à sa 3196e séance, les 6 et 7 juillet 2013, la Commission a adopté les commentaires relatifs aux projets d'article adoptés à titre provisoire à la présente session (voir *infra* la section C.2).

C. Texte des projets d'article sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État adoptés à ce jour à titre provisoire par la Commission

1. Textes des projets d'article

48. Le texte des projets d'article adoptés à ce jour à titre provisoire par la Commission est reproduit ci-après.

Première partie

INTRODUCTION

Article 1. Champ d'application du présent projet d'articles

1. Le présent projet d'articles s'applique à l'immunité des représentants[237] de l'État au regard de la juridiction pénale d'un autre État.

2. Le présent projet d'articles est sans préjudice de l'immunité de la juridiction pénale découlant de règles spéciales du droit international, dont jouissent en particulier des personnes attachées à des missions diplomatiques, à des postes consulaires, à des missions spéciales, à des organisations internationales et aux forces armées d'un État.

[…]

Deuxième partie

IMMUNITÉ *RATIONE PERSONAE*

***Article 3. Bénéficiaires de l'immunité* ratione personae**

Les chefs d'État, les chefs de gouvernement et les ministres des affaires étrangères bénéficient de l'immunité *ratione personae* à l'égard de l'exercice de la juridiction pénale étrangère.

***Article 4. Portée de l'immunité* ratione personae**

1. Les chefs d'État, les chefs de gouvernement et les ministres des affaires étrangères bénéficient de l'immunité *ratione personae* uniquement durant leur mandat.

2. Cette immunité *ratione personae* s'étend à tous les actes qui sont accomplis, tant à titre privé qu'à titre officiel, par les chefs d'État, les chefs de gouvernement et les ministres des affaires étrangères au cours de leur mandat ou antérieurement à celui-ci.

3. L'extinction de l'immunité *ratione personae* est sans préjudice de l'application des règles du droit international relatives à l'immunité *ratione materiae*.

2. Texte des projets d'article et des commentaires y relatifs adoptés à titre provisoire par la Commission à sa soixante-cinquième session

49. Le texte des projets d'article et des commentaires y relatifs adoptés à titre provisoire par la Commission à sa soixante-cinquième session est reproduit ci-après.

Première partie

INTRODUCTION

Article 1. Champ d'application du présent projet d'articles

1. Le présent projet d'articles s'applique à l'immunité des représentants[238] de l'État au regard de la juridiction pénale d'un autre État.

2. Le présent projet d'articles est sans préjudice de l'immunité de la juridiction pénale découlant de règles spéciales du droit international, dont jouissent en particulier des personnes attachées à des missions diplomatiques, à des postes consulaires, à des missions spéciales, à des organisations internationales et aux forces armées d'un État.

[…]

Commentaire

1) Le projet d'article 1 est consacré à la délimitation du champ d'application du projet d'articles sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État. Il intègre dans une unique disposition la double perspective proposée à l'origine par la Rapporteuse spéciale dans deux projets d'article distincts[239]. Le paragraphe 1 définit

---

[234] Le projet d'article 4 était libellé comme suit :

« *Portée subjective de l'immunité* ratione personae

« Le chef d'État, le chef de gouvernement et le ministre des affaires étrangères bénéficient de l'immunité de la juridiction pénale de l'État dont ils ne sont pas ressortissants. »

[235] Le projet d'article 5 était libellé comme suit :

« *Champ d'application matériel de l'immunité* ratione personae

« 1. L'immunité de juridiction pénale étrangère dont bénéficient le chef d'État, le chef de gouvernement et le ministre des affaires étrangères s'étend à tous les actes, privés ou officiels, qu'ils ont accomplis avant leur nomination ou au cours de l'exercice de leur mandat.

« 2. Le chef d'État, le chef de gouvernement ou le ministre des affaires étrangères ne bénéficient pas de l'immunité *ratione personae* pour les actes, privés ou officiels, qu'ils pourraient accomplir après la fin de leur mandat. Cette disposition s'applique sans préjudice de toute autre forme d'immunité dont peuvent bénéficier lesdites personnes par rapport aux actes officiels qu'elles sont amenées à accomplir après expiration de leur mandat, en vertu d'une qualité autre. »

[236] Le projet d'article 6 était libellé comme suit :

« *Champ d'application temporel de l'immunité* ratione personae

« 1. L'immunité *ratione personae* s'applique exclusivement pendant la durée du mandat du chef d'État, du chef de gouvernement ou du ministre des affaires étrangères, et s'éteint automatiquement dès expiration dudit mandat.

« 2. L'extinction de l'immunité *ratione personae* s'entend sans préjudice du fait qu'un ancien chef d'État, un ancien chef de gouvernement ou un ancien ministre des affaires étrangères puissent bénéficier, après expiration de leurs mandats respectifs, de l'immunité *ratione materiae* en rapport avec les actes qu'ils auront accomplis à titre officiel pendant l'exercice de ces fonctions. »

[237] L'emploi du terme « représentants » fera l'objet d'un réexamen.

[238] Idem.

[239] Voir le deuxième rapport de la Rapporteuse spéciale (A/CN.4/661), projets d'articles 1 et 2. Voir également les paragraphes 19 à 34 dudit rapport.

le cadre dans lequel s'applique le projet d'articles, tandis que le paragraphe 2 contient une clause de sauvegarde, ou clause « sans préjudice », énumérant les situations qui, en vertu du droit international, sont soumises à des régimes spéciaux qui ne sont pas affectés par le présent projet d'articles. Bien que, dans le passé, la Commission ait eu recours à des méthodes différentes pour définir cette double dimension du champ d'application d'un projet d'articles[240], elle a jugé préférable à cette occasion de l'exprimer dans une disposition unique, ce qui offre en particulier l'avantage d'autoriser un traitement parallèle des deux dimensions en question sous un seul intitulé. Cette formule permet également d'éviter d'employer dans le titre d'un projet d'article autonome des expressions comme « ne s'applique pas », « sont exclus » ou « n'affectent pas », lesquelles, de l'avis de certains membres de la Commission, ne sont pas suffisamment compatibles avec l'utilisation d'une clause « sans préjudice ».

2) Le paragraphe 1 énonce le champ d'application du projet d'articles dans sa dimension positive. À cette fin, la Commission a décidé d'employer dans ce paragraphe la formule « le présent projet d'articles s'applique à », qui correspond à celle utilisée récemment dans d'autres projets d'articles adoptés par la Commission contenant une disposition relative à leur champ d'application[241].

La Commission a considéré par ailleurs que le champ d'application du projet d'articles doit être défini de la façon la plus simple possible de sorte qu'il serve de cadre au reste des projets d'article sans préjuger d'autres questions qui seront abordées ultérieurement dans d'autres dispositions du projet d'articles et sans avoir aucune autre incidence à cet égard. C'est pourquoi la Commission a décidé d'évoquer le champ d'application d'une manière descriptive, énumérant les éléments de l'intitulé même du sujet à l'examen. C'est pour la même raison qu'a été exclue de la définition du champ d'application l'expression « à l'exercice de », suggérée à l'origine par la Rapporteuse spéciale. Cette expression avait été interprétée de manière différente, voire contradictoire, par plusieurs membres de la Commission pour ce qui est des conséquences qu'elle pouvait avoir lorsqu'il s'agirait de définir la portée de l'immunité de juridiction pénale étrangère. Il a également été tenu compte du fait que l'expression « à l'exercice de » figure dans d'autres projets d'article proposés par la Rapporteuse spéciale[242]. En conséquence, la Commission a considéré que cette expression n'était pas nécessaire aux fins de la définition de la portée générale du projet d'articles et l'a réservée à d'autres projets d'article où elle sera plus appropriée[243].

3) Le paragraphe 1 expose les trois éléments définissant l'objet du présent projet d'articles, à savoir : *a*) qui sont les personnes jouissant de l'immunité (les représentants de l'État) ; *b*) quel type de juridiction serait affecté par l'immunité (la juridiction pénale) ; et *c*) le plan sur lequel s'exerce la juridiction pénale en question (la juridiction pénale d'un autre État ou juridiction pénale étrangère).

4) En ce qui concerne le premier de ces éléments, la Commission a choisi de circonscrire le projet d'articles à l'immunité de juridiction pénale étrangère dont peuvent bénéficier les personnes qui représentent l'État ou agissent en son nom. Dans les travaux antérieurs de la Commission, les personnes jouissant de l'immunité étaient désignées par le terme « représentant[244] ». Cependant, l'emploi de ce terme − et de ses équivalents dans les autres versions linguistiques − soulève certains problèmes que la Rapporteuse spéciale a signalés dans ses rapports[245] et qu'ont également évoqués certains membres de la Commission. Il convient de noter, tout d'abord, que les termes employés dans les différentes versions linguistiques ne sont pas nécessairement interchangeables et synonymes. Il convient de tenir compte ensuite du fait que ces termes ne sont peut-être pas adéquats pour désigner chacune des personnes auxquelles s'applique le présent projet d'articles. C'est pourquoi la Commission considère que la définition de « représentant » (et des termes retenus dans les autres versions linguistiques), ainsi que le choix des termes à employer pour désigner les personnes auxquelles s'applique l'immunité sont des questions qui nécessitent un examen approfondi, lequel, comme l'a proposé la Rapporteuse spéciale, devrait être effectué à un stade ultérieur, en particulier au moment d'analyser l'immunité *ratione materiae*. Par conséquent, au stade actuel des travaux, la Commission a décidé de conserver la terminologie initiale, étant entendu que celle-ci fera l'objet d'un réexamen. C'est ce qui est indiqué dans la note de bas de page correspondant au paragraphe 1 du projet d'article 1. La même réserve s'applique à l'emploi du terme « représentant » dans les commentaires.

5) Deuxièmement, la Commission a décidé de circonscrire le champ d'application du présent projet d'articles à l'immunité de juridiction pénale. Le présent projet d'article n'a pas pour objectif de définir la notion de juridiction pénale, que la Commission examine actuellement

[240] Dans le projet d'articles sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, adopté par la Commission à sa quarante-troisième session [*Annuaire… 1991*, vol. II (2e partie), p. 13, par. 28], la Commission a choisi d'aborder la double dimension du champ d'application dans deux projets d'article distincts, ce qui a finalement été reflété dans la Convention adoptée en 2004 (voir Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, résolution 59/38 de l'Assemblée générale, en date du 2 décembre 2004, annexe, art. 1 et 3). En revanche, dans la Convention de Vienne sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel, de 1975, et dans la Convention sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation, de 1997 (résolution 51/229 de l'Assemblée générale, en date du 21 mai 1997, annexe), les différents aspects du champ d'application ont été définis dans un seul article, qui fait également référence aux régimes spéciaux. Pour sa part, le projet d'articles sur l'expulsion des étrangers, adopté en première lecture par la Commission en 2012 [*Annuaire… 2012*, vol. II (2e partie), par. 45], aborde également la question du champ d'application dans un seul article de deux paragraphes, mais comporte d'autres dispositions autonomes visant à préserver certains régimes spéciaux dans des domaines précis.

[241] Cette formule a été employée, par exemple, dans le projet d'article 1 du projet d'articles sur l'expulsion des étrangers.

[242] Voir, en particulier, les projets d'articles 3 *b* et 4 proposés à l'origine par la Rapporteuse spéciale dans son deuxième rapport (A/CN.4/661, par. 46 et 67).

[243] Voir le projet d'article 3 adopté par la Commission (Bénéficiaires de l'immunité *ratione personae*).

[244] Les termes employés dans les versions linguistiques sont les suivants : *official* (anglais), المسؤول (arabe), 官员 (chinois), *funcionario* (espagnol), « représentant » (français) et *должностное лицо* (russe).

[245] Voir le rapport préliminaire de la Rapporteuse spéciale, *Annuaire… 2012*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/654, par. 66 ; voir également le deuxième rapport de la Rapporteuse spéciale (A/CN.4/661), *Annuaire… 2013*, vol. II (1re partie) [par. 32].

en lien avec un autre projet d'article[246]. La Commission a cependant discuté de la portée de la « juridiction pénale » au sens des actes qui relèveraient de celle-ci, s'agissant en particulier de l'extension de l'immunité à certains actes étroitement liés à la notion d'inviolabilité de la personne, comme l'arrestation ou la détention. Compte tenu de ce qui précède, et sous réserve de développements ultérieurs dans le traitement de ce sujet par la Commission, la référence à la juridiction pénale étrangère aux fins de la définition du champ d'application du présent projet d'articles doit s'entendre comme désignant l'ensemble des actes liés à l'activité judiciaire ayant pour but d'établir la responsabilité pénale d'une personne, y compris les actes coercitifs pouvant être accomplis à l'égard des personnes jouissant de l'immunité dans ce contexte.

6) Troisièmement, la Commission a décidé de circonscrire le champ d'application du projet d'articles à l'immunité de juridiction pénale « étrangère », ce qui reflète la relation horizontale entre deux États. Cela signifie que le projet d'articles s'appliquera uniquement à l'immunité de juridiction pénale « d'un autre État ». En conséquence, les immunités devant les tribunaux pénaux internationaux, qui sont soumises à leur propre régime juridique, demeureront exclues du champ d'application du projet d'articles. Cette exclusion doit être comprise comme signifiant qu'aucune des règles régissant l'immunité devant ces tribunaux ne doit être affectée par le contenu du présent projet d'articles.

Néanmoins, la nécessité de prendre en considération la problématique spéciale que représente l'existence des tribunaux pénaux dits « mixtes » ou « internationalisés » a été évoquée. De même, une question a été soulevée concernant l'incidence qu'auraient sur le présent projet d'articles les normes internationales existantes qui imposent aux États l'obligation de coopérer avec les tribunaux pénaux internationaux. Bien que différentes opinions aient été exprimées sur ces deux points, il est impossible à ce stade de trancher sur ces aspects.

7) Il convient de souligner que le paragraphe 1 se réfère à « l'immunité […] au regard de la juridiction pénale d'un autre État ». L'emploi de l'expression « au regard de » établit une relation entre les notions d'« immunité » et de « juridiction pénale étrangère » (ou de juridiction « d'un autre État ») qui doit être dûment prise en compte. À ce sujet, la Commission considère que les notions d'immunité et de juridiction pénale étrangère sont étroitement liées, vu qu'il est impossible d'appréhender l'immunité en termes abstraits et sans la mettre en rapport avec une juridiction pénale étrangère qui, bien qu'elle existe, ne sera pas exercée par l'État du for précisément en raison de la présence de l'immunité. Ou, comme l'a affirmé la Cour internationale de Justice, « ce n'est que lorsqu'un État dispose, en droit international, d'une compétence à l'égard d'une question particulière qu'un problème d'immunité peut se poser au regard de l'exercice d'une telle compétence[247] ».

8) La Commission considère que l'immunité de juridiction pénale étrangère est de nature procédurale. Par conséquent, l'immunité de juridiction pénale étrangère ne saurait constituer un moyen de ne pas subordonner la responsabilité pénale d'une personne jouissant de l'immunité aux normes primaires du droit pénal et cette responsabilité subsiste indépendamment du fait qu'un État ne puisse exercer sa compétence pour établir son existence à un moment précis et concernant une personne donnée. Au contraire, l'immunité de juridiction pénale étrangère est, au sens strict, un obstacle procédural à l'exercice de la juridiction pénale d'un État à l'encontre des représentants d'un autre État. Cette position a été affirmée par la Cour internationale de Justice dans l'affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*[248], et suivie majoritairement dans la pratique étatique et la doctrine.

9) Le paragraphe 2 du projet d'article se réfère aux cas dans lesquels il existe des règles spéciales de droit international relatives à l'immunité de juridiction pénale étrangère. Cette catégorie de règles spéciales trouve sa manifestation la plus connue et la plus citée dans le régime de privilèges et d'immunités conférés par le droit international aux agents diplomatiques et aux fonctionnaires consulaires[249]. Il existe toutefois d'autres exemples dans le droit international contemporain, conventionnel et coutumier, lesquels, de l'avis de la Commission, doivent également être pris en compte aux fins de la définition du champ d'application du présent projet d'articles. Pour ce qui est des régimes spéciaux cités, la Commission considère qu'il s'agit de régimes juridiques bien établis en droit international et que le présent projet d'articles ne devrait affecter ni leur contenu ni leur application. Cela étant, il convient de rappeler que, même si c'était dans un autre contexte, la Commission elle-même a déjà reconnu l'existence de régimes spéciaux en matière d'immunité à l'occasion de l'élaboration du projet d'articles sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, se référant expressément à ces régimes à l'article 3, sous l'intitulé « Privilèges et immunités non affectés par les présents articles[250] ».

La relation entre le régime de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État établi dans le présent projet d'articles et les régimes spéciaux susmentionnés a été définie par la Commission au moyen de l'insertion, au paragraphe 2, d'une clause de sauvegarde en vertu de laquelle les dispositions du projet d'articles sont

[246] Il convient de signaler que la Rapporteuse spéciale a proposé une définition de la juridiction pénale dans son deuxième rapport, dans le cadre d'un projet d'article consacré aux termes employés (A/CN.4/661, projet d'article 3 ; voir également les paragraphes 36 à 41 de ce rapport). Le projet d'article en question a été renvoyé au Comité de rédaction qui, après un débat général, a décidé de l'aborder de manière progressive tout au long du quinquennat, sans prendre de décision à son sujet au stade actuel des travaux.

[247] *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2002*, p. 3, à la page 19, par. 46. Voir également le commentaire de la Commission relatif à l'article 6 du projet d'articles sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, p. 23 et 24, en particulier les paragraphes 1 à 3 [*Annuaire… 1991*, vol. II (2e partie)].

[248] *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* (voir *supra* la note 247), par. 60. La même position a été maintenue par la Cour internationale de Justice à propos de l'immunité de l'État : voir *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenant))*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2012*, p. 99, en particulier par. 58 et 100.

[249] Voir la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, de 1961, art. 31, et la Convention de Vienne sur les relations consulaires, de 1963, art. 43.

[250] Voir *Annuaire… 1991*, vol. II (2e partie), p. 21 et 22, commentaire relatif à l'article 3.

« sans préjudice » des dispositions des régimes spéciaux en question, suivant la formule qu'employa en son temps la Commission dans le projet d'articles sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens.

10) La Commission a utilisé l'expression « règles spéciales » comme synonyme de l'expression « régimes spéciaux » employée dans des travaux antérieurs. Bien que la Commission n'ait pas donné de définition de la notion de « régime spécial », il convient d'appeler l'attention sur les conclusions du Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international, en particulier les conclusions 2 et 3[251]. Aux fins du présent projet d'articles, la Commission entend par « règles spéciales » les règles internationales, conventionnelles ou coutumières, qui régissent l'immunité de juridiction pénale étrangère des personnes exerçant leurs activités dans des domaines précis des relations internationales. La Commission considère que ces « règles spéciales » coexistent avec le régime défini dans le présent projet d'articles, le régime spécial s'appliquant en cas de conflit entre les deux régimes[252]. En tout état de cause, la Commission considère que les régimes spéciaux en question sont uniquement ceux établis par des « règles […] du droit international », cette référence au droit international constituant un élément essentiel aux fins de la définition de la portée de la clause « sans préjudice »[253].

11) Les régimes spéciaux inclus dans le paragraphe 2 se réfèrent à trois pans de la pratique internationale où a été identifiée l'existence de normes qui régissent l'immunité de juridiction pénale étrangère, à savoir : *a*) la présence extérieure de l'État à travers les missions diplomatiques, les postes consulaires et les missions spéciales ; *b*) les diverses activités de représentation ou d'un autre type liées aux organisations internationales ; et *c*) la présence des forces armées d'un État à l'étranger. Bien que dans ces trois secteurs il soit possible d'identifier des normes de nature conventionnelle qui établissent un régime d'immunité de juridiction pénale étrangère, la Commission n'a pas jugé nécessaire d'inclure dans le paragraphe 2 une référence expresse à ces conventions et instruments internationaux[254].

Le premier groupe comprend les règles spéciales relatives à l'immunité de juridiction pénale étrangère applicables aux personnes exerçant une fonction de représentation ou de protection des intérêts de l'État dans un autre État, de forme permanente ou non, du fait de leur affectation à une mission diplomatique, à un poste consulaire ou à une mission spéciale. La Commission est d'avis que les règles contenues dans la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, la Convention de Vienne sur les relations consulaires et la Convention sur les missions spéciales, ainsi que les règles de droit coutumier applicables, entrent dans cette catégorie.

Le deuxième groupe comprend les règles spéciales applicables à l'immunité de juridiction pénale dont bénéficient les personnes qui exercent une activité en lien avec une organisation internationale ou dans le cadre de celle-ci. Il s'agit des règles spéciales applicables aux personnes attachées à une mission auprès d'une organisation internationale, aux délégations aux organes des organisations internationales ou à une délégation à une conférence internationale[255]. La Commission estime qu'il n'était pas nécessaire d'inclure dans ce groupe de règles spéciales celles qui s'appliquent de manière générale aux organisations internationales *per se*. Par contre, elle a considéré que les normes qui s'appliquent aux agents de l'organisation internationale, en particulier dans les cas où ceux-ci ont été mis à disposition de l'organisation par un État et conservent le statut de représentants de l'État pendant la période où ils agissent au nom et pour le compte de l'organisation, font bien partie de la catégorie en question. Pour ce qui est du deuxième groupe de régimes spéciaux, la Commission a tenu compte de la Convention de Vienne sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel, de la Convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies et de la Convention sur les privilèges et immunités des institutions spécialisées, ainsi que d'autres normes conventionnelles et coutumières applicables dans ce domaine.

Dans le troisième groupe de règles spéciales ont été incluses celles qui reconnaissent l'immunité de juridiction pénale aux personnes attachées aux forces armées d'un État lorsque celles-ci se trouvent à l'étranger. Cette catégorie comprend l'ensemble de règles applicables en cas de stationnement de troupes sur le territoire d'un État tiers, que ce soit en vertu d'accords sur le statut des forces, d'accords de siège ou de traités de coopération militaire qui prévoient le stationnement de troupes. Sont inclus également les accords conclus à l'occasion d'activités ponctuelles des forces armées à l'étranger.

12) L'énumération des règles spéciales décrites dans le paragraphe 2 est précédée de l'expression « en particulier », ce qui indique que la clause ne s'applique pas exclusivement à ces règles spéciales. À ce propos, plusieurs membres de la Commission ont appelé l'attention sur le fait que, dans la pratique, il est possible de rencontrer des règles spéciales qui s'appliquent dans d'autres domaines, en particulier dans le cadre de l'établissement, sur le territoire d'un État, d'institutions et de centres étrangers œuvrant à la coopération économique, technique, scientifique ou culturelle, habituellement en vertu d'accords de siège spécifiques. Cependant, bien que la Commission ait accepté de manière générale l'existence de ces régimes spéciaux, elle a estimé qu'il n'était pas nécessaire de les mentionner au paragraphe 2.

---

[251] Voir *Annuaire… 2006*, vol. II (2e partie), p. 186, par. 251.

[252] Dans son commentaire relatif à l'article 3 du projet d'articles sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, la Commission s'y référait dans les termes suivants : « [l']article vise à préserver les régimes particuliers en vigueur, notamment à l'égard des personnes attachées aux missions qui y sont mentionnées » [*Annuaire… 1991*, vol. II (2e partie), p. 22, paragraphe 5 du commentaire]. Voir également le paragraphe 1 dudit commentaire.

[253] Cette référence à l'assujettissement au droit international a été incluse également par la Commission dans l'article 3 du projet d'articles sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, déjà cité. Il convient de souligner que la Commission a appelé particulièrement l'attention sur ce point dans le commentaire de cet article 3, en particulier dans les paragraphes 1 et 3.

[254] Il convient de rappeler que la Commission n'a pas énuméré non plus ces conventions dans le projet d'articles sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens. Cependant, dans le commentaire relatif à l'article 3 (par. 2), elle s'est référée aux domaines dans lesquels existent les régimes spéciaux en question, citant expressément certaines des conventions les établissant.

[255] Cette énumération est alignée sur celle que la Commission avait faite en son temps à l'article 3.1 *a* du projet d'articles sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens.

13) Enfin, il convient d'indiquer que la Commission a étudié la possibilité d'inclure dans le paragraphe 2 la pratique qui consiste pour un État à conférer au représentant d'un État étranger une immunité de juridiction pénale étrangère de manière unilatérale. Cependant, la Commission a décidé de ne pas le faire. Cette question sera peut-être réexaminée à un stade ultérieur de l'examen des travaux sur le sujet.

14) La Commission a estimé par ailleurs que la formulation du paragraphe 2 devait être alignée sur le paragraphe 1 du projet d'article. Il convient donc de garder présent à l'esprit que le présent projet d'articles se réfère à l'immunité de juridiction pénale étrangère de certaines personnes qualifiées de « représentants » et que, par conséquent, cet élément subjectif devrait être reflété également dans la clause « sans préjudice ». C'est pourquoi, il est fait expressément mention des « personnes attachées » dans ledit paragraphe 2. L'expression « personnes attachées » est celle employée dans la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens (art. 3). La portée de la notion de « personnes attachées » sera fonction de la teneur des règles définissant le régime spécial qui leur est applicable, raison pour laquelle il est impossible de formuler a priori une définition unique pour cette catégorie. Il en va de même pour le personnel civil attaché aux forces armées de l'État, qui ne sera couvert par le régime spécial que dans la mesure où l'instrument juridique applicable dans chaque cas en dispose ainsi.

15) La combinaison de la notion de « personnes attachées » et de celle de « règles spéciales » est essentielle pour déterminer la portée et la signification de la clause de sauvegarde ou « sans préjudice » figurant au paragraphe 2. Ainsi, la Commission considère que les personnes visées dans ce paragraphe (agents diplomatiques, fonctionnaires consulaires, membres d'une mission spéciale, agents d'une organisation internationale ou membres des forces armées d'un État) ne sont pas automatiquement exclues du champ d'application du présent projet d'articles du simple fait qu'elles appartiennent à cette catégorie de représentants mais parce que dans une situation donnée elles sont couvertes par l'un des régimes spéciaux auxquels fait référence le paragraphe 2 du projet d'article 1. En pareille circonstance, l'immunité de juridiction pénale étrangère dont peuvent bénéficier ces personnes en vertu des régimes spéciaux qui leur sont applicables ne sera pas affectée par les dispositions du présent projet d'articles.

Deuxième partie

IMMUNITÉ *RATIONE PERSONAE*

Article 3. Bénéficiaires de l'immunité ratione personae

Les chefs d'État, les chefs de gouvernement et les ministres des affaires étrangères bénéficient de l'immunité *ratione personae* à l'égard de l'exercice de la juridiction pénale étrangère.

Commentaire

1) Le projet d'article 3 contient la liste des représentants de l'État qui bénéficient de l'immunité de juridiction pénale étrangère *ratione personae*, à savoir : le chef de l'État, le chef du gouvernement et le ministre des affaires étrangères. Le texte se borne à identifier les personnes auxquelles s'applique ce type d'immunité, sans se référer à la portée subjective de celui-ci, laquelle fera l'objet d'autres projets d'article.

2) La Commission considère qu'il y a deux raisons, l'une liée à la notion de représentation et l'autre à celle de fonction, d'accorder l'immunité *ratione personae* aux chefs d'État, aux chefs de gouvernement et aux ministres des affaires étrangères. Premièrement, en vertu des règles du droit international, ces trois titulaires de charge publique représentent l'État dans ses relations internationales, du seul fait de leur position, directement et sans qu'il soit nécessaire que l'État leur confère des pouvoirs spécifiques[256]. Deuxièmement, ils doivent être en mesure d'exercer leurs fonctions sans entrave[257]. Il importe peu que ces représentants aient ou non la nationalité de l'État dans lequel ils occupent le poste de chef de l'État, chef de gouvernement ou ministre des affaires étrangères.

3) L'affirmation selon laquelle les chefs d'État jouissent de l'immunité *ratione personae* n'est pas contestée, les règles de droit international coutumier qui établissent ce principe étant bien reconnues. En outre, diverses conventions contiennent des dispositions qui font directement référence à l'immunité de juridiction du chef de l'État. On retiendra à cet égard le paragraphe 1 de l'article 21 de la Convention sur les missions spéciales, qui reconnaît expressément que le chef de l'État, quand il se trouve à la tête d'une mission spéciale, jouit, en plus de celles accordées par la Convention, des immunités reconnues par le droit international aux chefs d'État en visite officielle. De même, le paragraphe 1 de l'article 50 de la Convention de Vienne sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel fait référence aux autres « immunités reconnu[e]s par le droit international aux chefs d'État ». Dans le même esprit, quoique sur un plan différent, la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens fait expressément référence, dans la clause de sauvegarde que constitue le paragraphe 2 de l'article 3, aux immunités que le droit international reconnaît aux chefs d'État.

L'immunité de juridiction pénale étrangère du chef de l'État a également été reconnue dans la jurisprudence, au niveau tant international que national. Ainsi, la Cour internationale de Justice a mentionné l'immunité de juridiction pénale étrangère du chef de l'État dans l'affaire relative au *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*[258] et dans l'affaire relative à *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)*[259]. Il y a

[256] Selon la Cour internationale de Justice, « c'est une règle de droit international bien établie que le chef de l'État, le chef de gouvernement et le ministre des affaires étrangères sont réputés représenter l'État du seul fait de l'exercice de leurs fonctions » [*Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête : 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda)*, compétence et recevabilité, arrêt, *C.I.J. Recueil 2006*, p. 6, en particulier p. 27, par. 46].

[257] Voir l'affaire *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* (note 247 *supra*), par. 53 et 54, dans lequel la Cour internationale de Justice développe tout particulièrement ce deuxième élément à propos du ministre des affaires étrangères.

[258] *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* (voir *supra* la note 247), par. 51.

[259] *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2008*, p. 177, en particulier p. 236 et 237, par. 170.

lieu de souligner que, selon une jurisprudence constante, bien que peu abondante, les juridictions nationales considèrent que les chefs d'État bénéficient de l'immunité de juridiction pénale étrangère *ratione personae*, que ce soit dans le cadre de procédures portant sur l'immunité du chef de l'État ou dans le raisonnement suivi pour décider si l'immunité de juridiction pénale s'applique à d'autres représentants de l'État[260].

La Commission considère que l'immunité de juridiction pénale étrangère *ratione personae* du chef de l'État est reconnue exclusivement aux personnes qui exercent effectivement cette fonction, et que, aux fins du présent projet d'articles, le titre conféré au chef de l'État dans les différents États, les conditions d'accession au statut de chef d'État (en tant que souverain ou autrement) et le caractère individuel ou collégial de la fonction sont sans incidence[261].

4) La reconnaissance de l'immunité *ratione personae* du chef du gouvernement et du ministre des affaires étrangères est due au fait que, en vertu du droit international, leurs fonctions de représentation de l'État ont été reconnues comme étant proches de celles du chef de l'État. On peut citer à titre d'exemple de ce rapprochement la reconnaissance des pleins pouvoirs au chef du gouvernement et au ministre des affaires étrangères pour conclure les traités[262], ainsi que l'égalité de traitement de ces trois personnalités en matière de protection internationale[263] ou en ce qui concerne leur participation à la représentation de l'État[264]. Il a été fait référence à l'immunité des chefs de gouvernement et des ministres des affaires étrangères dans la Convention de Vienne sur les missions spéciales, la Convention de Vienne sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel et, de manière implicite, dans la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens[265]. La mention du ministre des affaires étrangères dans la Convention sur la prévention et la répression des infractions contre

[260] Les juridictions nationales ont à diverses reprises admis l'immunité de juridiction pénale étrangère *ratione personae* du chef de l'État pour le fondement de leur décision quant au fond, et ont considéré qu'il n'était pas possible d'engager des poursuites au pénal contre un chef d'État en exercice. Voir à cet égard : *Re Honecker*, Cour suprême fédérale, deuxième chambre criminelle (République fédérale d'Allemagne), arrêt du 14 décembre 1984 (affaire n° 2 ARs 252/84), reproduit dans *International Law Reports*, vol. 80, p. 365 et 366 ; *Roi du Maroc*, Audiencia Nacional (Espagne), décision de la Chambre pénale du 23 décembre 1998 ; *Khadafi*, Cour de cassation, Chambre criminelle (France), arrêt n° 1414 du 13 mars 2001, reproduit dans *Revue générale de droit international public*, vol. 105 (2001), p. 473 ; *Fidel Castro*, Audiencia Nacional (Espagne), décision de la Chambre pénale plénière du 13 décembre 2007 (la Audiencia Nacional s'était déjà prononcée de la même manière au sujet de deux plaintes déposées contre Fidel Castro en 1998 et 2005) ; *Affaire contre Paul Kagame*, Audiencia Nacional, quatrième juridiction d'instruction (Espagne), acte d'accusation du 6 février 2008. Toujours dans le cadre de poursuites pénales, mais à titre de remarque incidente, divers tribunaux ont reconnu d'une manière générale l'immunité de juridiction pénale étrangère *ratione materiae* en diverses occasions. Dans ces cas-là, le tribunal national n'a pas effectivement reconnu l'immunité d'un chef d'État soit parce que la personne avait achevé son mandat et n'était plus chef d'État en exercice, soit parce qu'elle n'était pas chef d'État et ne l'avait jamais été. Voir *Pinochet* (demande d'extradition), Audiencia Nacional, cinquième juridiction d'instruction (Espagne), décision relative à la demande d'extradition du 3 novembre 1998 ; *Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet Ugarte (Pinochet n° 3)*, Chambre des lords (Royaume-Uni), arrêt du 24 mars 1999, reproduit dans *International Legal Materials*, vol. 38 (1999), p. 581 à 663 ; *H. S. A.* et al. *c. S. A.* et al. (action publique c. Ariel Sharon, Amos Yaron et consorts), Cour de cassation (Belgique), arrêt du 12 février 2003 (P-02-1139.F), reproduit dans *International Legal Materials*, vol. 42, n° 3 (2003), p. 596 à 605 ; *Scilingo*, Audiencia Nacional, troisième chambre pénale (Espagne), décision du 27 juin 2003 ; *Association Fédération nationale des victimes d'accidents collectifs « FENVAC SOS Catastrophe » ; Association des familles des victimes du Joola* et al., Cour de cassation, Chambre criminelle (France), arrêt du 19 janvier 2010 (09-84.818) ; *Khurts Bat v. Investigating Judge of the German Federal Court*, Haute Cour de Justice, tribunal administratif du banc de la Reine (Royaume-Uni), jugement du 29 juillet 2011 [(2011) EWHG 2029 (Admin)], reproduit dans *International Legal Materials*, vol. 147, p. 633 ; *Nezzar*, Tribunal pénal fédéral (Suisse), arrêt du 25 juillet 2012 (BB.2011.140). Il y a lieu de souligner que les tribunaux nationaux n'ont jamais nié qu'un chef d'État jouit de l'immunité de juridiction pénale et que cette immunité lui est due *ratione personae*. Il y a lieu de noter également que les tribunaux civils ont toujours reconnu l'immunité de juridiction *ratione personae* des chefs d'État, et le nombre de décisions rendues à cet égard est plus élevé. Voir, à titre d'exemple, *Kline v. Kaneko*, Cour suprême de l'État de New York, arrêt du 31 octobre 1988 (141 Misc.2d 787) ; *Mobutu c. SA Cotoni*, tribunal civil de Bruxelles, jugement du 29 décembre 1988 ; *Ferdinand et Imelda Marcos c. Office fédéral de la police*, Tribunal fédéral (Suisse), arrêt du 2 novembre 1989 (ATF 115 Ib 496), reproduit partiellement dans *Revue suisse de droit international et de droit européen* (1991), p. 534 à 537 ; *Lafontant v. Aristide*, tribunal du district de New York (États-Unis), jugement du 27 janvier 1994 ; *W v. Prince of Liechtenstein*, Cour suprême (Autriche), arrêt du 14 février 2001 (7 Ob 316/00x) ; *Tachiona v. Mugabe (« Tachiona I »)*, tribunal du district de New York (États-Unis), jugement du 30 octobre 2001 (169 F. Supp.2d.259) ; *Fotso v. Republic of Cameroon*, tribunal du district de l'Oregon (États-Unis), décision du 22 février 2013 (6:12CV 1415-TC).

[261] Il est intéressant à cet égard de rappeler les dispositions de la Convention de Vienne sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel (art. 50, par. 1) et de la Convention sur les missions spéciales, de 1969 (art. 21, par. 1), qui s'appliquent aux organes collégiaux exerçant les fonctions de chef de l'État. La Commission, quant à elle, a estimé qu'il n'y avait pas lieu de faire mention de cette catégorie dans le projet d'articles sur la prévention et la répression des infractions commises contre des agents diplomatiques et d'autres personnes ayant droit à une protection internationale (voir *Annuaire… 1972*, vol. II, document A/8710/Rev.1, p. 340, paragraphe 2 du commentaire relatif à l'article premier), et cette catégorie ne figure pas dans le texte définitif de la Convention sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques.

[262] Convention de Vienne de 1969 (art. 7, par. 2 *a*). La Cour internationale de Justice a adopté une position analogue au sujet de la capacité du chef de l'État, du chef de gouvernement et du ministre des affaires étrangères d'engager l'État par des actes unilatéraux (affaire *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête : 2002)* [voir *supra* la note 256, par. 46].

[263] Convention sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques, de 1973 (art. 1, par. 1 *a*).

[264] Voir, à cet égard, la Convention sur les missions spéciales (art. 21) et la Convention de Vienne sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel (art. 50).

[265] L'article 21 de la Convention sur les missions spéciales, outre le chef d'État, mentionne le chef de gouvernement et le ministre des affaires étrangères, même s'ils figurent dans des paragraphes différents (le paragraphe 1 est consacré au chef de l'État et le paragraphe 2 au chef du gouvernement, au ministre des affaires étrangères et aux autres personnalités de rang élevé). La Convention de Vienne sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel suit le même modèle et mentionne également les autres personnes de rang élevé dans des paragraphes différents. En revanche, la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens ne mentionne *eo nomine* que le chef de l'État (art. 3, par. 2), et les deux autres catégories de personnalités sont considérées comme étant comprises dans les « représentants de l'État » figurant au paragraphe 1 *b* iv de l'article 2. Voir les paragraphes 6 et 7 du commentaire relatif à l'article 3 du projet d'articles sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, *Annuaire… 1991*, vol. II (2e partie), p. 22.

les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques, est d'autant plus importante que, dans son projet d'articles sur le sujet, la Commission avait décidé de ne pas inscrire les membres du gouvernement sur la liste des personnes jouissant d'une protection internationale[266], alors que le ministre des affaires étrangères figure dans le texte final de la Convention adopté par les États.

Tous les exemples cités sont le résultat de travaux de la Commission, qui s'est penchée à diverses reprises sur la question de savoir s'il y avait lieu ou non de viser expressément les chefs d'État, les chefs de gouvernement et les ministres des affaires étrangères dans des instruments internationaux. À cet égard, il a été observé que, dans l'article 3 de la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, le chef de l'État était spécifiquement mentionné alors qu'il n'y avait aucune référence expresse du chef de gouvernement ni au ministre des affaires étrangères. Quoi qu'il en soit, il paraît impossible de déduire des exemples qui viennent d'être cités que la Commission devrait traiter différemment les chefs d'État, les chefs de gouvernement et les ministres des affaires étrangères dans le présent projet d'article, et plus encore, qu'elle ne devrait pas viser les chefs de gouvernement et le ministre des affaires étrangères dans le projet d'article 3. Divers éléments doivent être pris en compte à cet égard. Premièrement, le présent projet d'articles porte exclusivement sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État, alors que la Convention sur les missions spéciales et la Convention de Vienne sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel portent sur les immunités quelles qu'elles soient, dont peuvent jouir les chefs d'État, les chefs de gouvernement ou les ministres des affaires étrangères. Deuxièmement, la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens porte sur l'immunité des États et l'immunité de juridiction pénale n'entre pas dans son champ d'application[267] ; il faut ajouter que la Commission n'a pas rejeté l'idée que des immunités puissent être accordées aux chefs de gouvernement et aux ministres des affaires étrangères, bien au contraire. Elle a reconnu, en fait, leur existence, mais n'a simplement pas mentionné expressément ces catégories au paragraphe 2 de l'article 3 « car il serait difficile d'en dresser une liste exhaustive et leur énumération soulèverait en outre la question de la base et de l'étendue de l'immunité juridictionnelle dont jouissent les intéressés[268] ». Troisièmement, il faut également garder à l'esprit que tous les exemples cités sont antérieurs à l'arrêt rendu par la Cour internationale de Justice dans l'affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*.

5) Dans l'arrêt qu'elle a rendu dans l'affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, la Cour internationale de Justice a expressément déclaré qu'« il est clairement établi en droit international que, de même que les agents diplomatiques et consulaires, certaines personnes occupant un rang élevé dans l'État, telles que le chef de l'État, le chef du gouvernement ou le ministre des affaires étrangères, jouissent dans les autres États d'immunités de juridiction, tant civiles que pénales[269] ». Cette affirmation a été reprise par la Cour dans l'affaire relative à *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale*[270]. L'un et l'autre de ces arrêts ont suscité d'amples discussions au sein de la Commission à propos, en particulier, du ministre des affaires étrangères. Lors du débat, la majorité des membres ont exprimé l'avis selon lequel l'affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* reflétait l'état actuel du droit international et qu'il y avait donc lieu de conclure à l'existence d'une règle coutumière selon laquelle le ministre des affaires étrangères jouit d'une immunité de juridiction pénale étrangère *ratione personae*. Selon ces membres, la position du ministre des affaires étrangères et les fonctions particulières qu'il exerce dans les relations internationales constituent la base de la reconnaissance de cette immunité de juridiction pénale étrangère. En revanche, certains membres de la Commission ont souligné que l'arrêt de la Cour ne constituait pas une base suffisante pour conclure à l'existence d'une règle coutumière, car il ne contenait pas d'analyse approfondie de la pratique et que plusieurs juges avaient exprimé des opinions différentes de celle de la majorité[271]. Néanmoins, selon un membre de la Commission qui estimait que l'arrêt de la Cour ne démontrait pas l'existence d'une règle coutumière, vu que cet arrêt n'avait pas suscité d'opposition parmi les États, l'absence d'une telle règle n'empêchait pas la Commission d'inclure le ministre des affaires étrangères parmi les personnes jouissant de l'immunité de juridiction pénale étrangère *ratione personae*, à titre de développement progressif du droit international, compte tenu des fonctions que ce ministre exerçait dans les relations internationales.

6) Pour ce qui est de la pratique des juridictions nationales, la Commission a aussi considéré que, s'il n'y a qu'un très petit nombre de décisions relatives à l'immunité de juridiction pénale étrangère *ratione personae* pour le chef du gouvernement et pratiquement aucune décision concernant le ministre des affaires étrangères, il n'en est pas moins vrai que les juridictions nationales qui ont eu l'occasion de se prononcer sur ce sujet ont toujours considéré que ces représentants de rang élevé jouissent effectivement de l'immunité de juridiction pénale étrangère durant leur mandat[272].

---

[266] Voir *Annuaire… 1972*, vol. II, document A/8710/Rev.1, p. 340, paragraphe 3 du commentaire relatif à l'article premier. À noter que la Commission a décidé de ne pas mentionner ces personnes en l'absence de « règle généralement acceptée du droit international », tout en reconnaissant qu'une personne « membre du cabinet aura évidemment droit à une protection spéciale chaque fois qu'elle se trouvera dans un État étranger en liaison avec une activité officielle » (*Annuaire… 1972*, vol. II, p. 340, cette phrase figure dans la version anglaise et dans la version française de commentaire et a été omise dans la version espagnole).

[267] L'expression « ne couvre pas les poursuites au pénal » a été proposée par le Comité spécial créé à cet effet par l'Assemblée générale et a finalement été insérée au paragraphe 2 du dispositif de la résolution 59/38 de l'Assemblée générale du 2 décembre 2004 en vertu de laquelle la Convention a été adoptée.

[268] Voir le paragraphe 7 du commentaire relatif à l'article 3 du projet d'articles [*Annuaire… 1991*, vol. II (2e *partie*), p. 22].

[269] *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* (voir *supra* la note 247), par. 51.

[270] *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale* (voir *supra* la note 259), par. 170.

[271] Voir en particulier, dans l'affaire *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* (note 247 *supra*), l'opinion individuelle commune de Mme Higgins, de M. Kooijmans et de M. Buergenthal ; l'opinion dissidente de M. Al-Khasawneh ; et l'opinion dissidente de Mme Van den Wyngaert.

[272] S'agissant de la reconnaissance de l'immunité de juridiction pénale étrangère d'un chef de gouvernement et d'un ministre des affaires étrangères, voir les affaires suivantes, tant au pénal qu'au civil, dans lesquelles les juridictions nationales ont exprimé une opinion à ce sujet, soit pour motiver des décisions sur le fond, soit de manière

7) Au terme du débat, la Commission a constaté l'existence de motifs suffisants dans la pratique et en droit international pour conclure que le chef de l'État, le chef du gouvernement et le ministre des affaires étrangères jouissent de l'immunité de juridiction pénale étrangère *ratione personae*. Il a donc été décidé de les inclure dans le projet d'article 3.

8) La Commission a aussi examiné si d'autres représentants de l'État pourraient figurer sur la liste des personnes jouissant de l'immunité *ratione personae*. Cette possibilité a été évoquée par certains membres de la Commission compte tenu de l'évolution des relations internationales, en particulier du fait que des personnalités de rang élevé autres que le chef de l'État, le chef du gouvernement et le ministre des affaires étrangères participent de plus en plus aux travaux d'instances internationales et se déplacent fréquemment hors du territoire national. Pour justifier leur position en faveur de l'inclusion d'autres représentants de rang élevé dans le projet d'article 3, certains membres de la Commission ont renvoyé à l'affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, en interprétant l'expression « telles que » comme visant à étendre le régime de l'immunité *ratione personae* à de hauts représentants de l'État, autres que le chef de l'État, le chef de gouvernement et le ministre des affaires étrangères, qui exercent des responsabilités importantes au sein de l'État et qui participent à la représentation de l'État dans leurs domaines d'activité respectifs. Certains membres de la Commission ont ainsi suggéré qu'un ministre de la défense ou un ministre du commerce international jouisse d'une immunité *ratione personae*. En revanche, d'autres membres de la Commission ont considéré que l'emploi de l'expression « telles que » ne vise pas à élargir la catégorie des personnes qui jouissent de ce type d'immunité, car la Cour l'utilise dans le contexte d'un différend particulier qui met en cause l'immunité de juridiction pénale étrangère d'un ministre des affaires étrangères. Plusieurs membres de la Commission ont enfin appelé l'attention sur le fait qu'il est intrinsèquement difficile de déterminer quelles sont les autres personnes censées être d'« autres personnalités de rang élevé », car cela dépend en grande partie de la structure organique de l'État et de la répartition des compétences, qui diffèrent d'un État à l'autre[273].

9) Dans l'affaire relative à *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale*, la Cour internationale de Justice est revenue sur la question de l'immunité de fonctionnaires de rang élevé autres que le chef de l'État, le chef du gouvernement et le ministre des affaires étrangères. La Cour a examiné séparément l'immunité du chef de l'État de Djibouti et de deux autres personnes de rang élevé, à savoir le procureur de la République et le chef de la sécurité nationale de Djibouti. S'agissant du chef de l'État, la Cour a affirmé très clairement que de manière générale, celui-ci jouit de l'immunité de juridiction pénale étrangère *ratione personae*, bien que cette immunité n'ait pas été applicable en l'espèce puisque l'invitation à témoigner émanant des autorités françaises n'avait pas un caractère coercitif[274]. Pour les deux autres personnes occupant des postes de rang élevé, la Cour a considéré que les actes qui leur étaient attribués n'avaient pas été accomplis dans le cadre de leurs fonctions[275] ; après avoir dit ne pas bien comprendre si Djibouti invoque l'immunité de l'État, une immunité personnelle ou quelque autre type d'immunité, elle conclut comme suit :

> [l]a Cour constate tout d'abord qu'il n'existe en droit international aucune base permettant d'affirmer que les fonctionnaires concernés étaient admis à bénéficier d'immunités personnelles, étant donné qu'il ne s'agissait pas de diplomates au sens de la [C]onvention de Vienne de 1961 sur les relations diplomatiques et que la [C]onvention de 1969 sur les missions spéciales n'est pas applicable en l'espèce[276].

10) Dans la pratique des juridictions nationales, un certain nombre de décisions traitent de l'immunité de juridiction pénale étrangère *ratione personae* d'autres fonctionnaires de rang élevé. Cependant, les décisions en question ne sont pas concluantes. Si certaines sont favorables à l'immunité *ratione personae* de hauts représentants de l'État comme le ministre de la défense ou le ministre du commerce international[277], dans d'autres décisions la juridiction nationale conclut que la personne en cause ne jouit pas de l'immunité,

---

incidente : *Ali Ali Reza c. Grimpel*, cour d'appel de Paris (France), arrêt du 28 avril 1961 (reconnaissant implicitement, *a contrario*, l'immunité d'un ministre des affaires étrangères), *Revue générale de droit international public*, vol. 66, n° 2 (1962), p. 418 ; *Chong Boon Kim v. Kim Yong Shik and David Kim*, tribunal du premier circuit (État de Hawaï) [États-Unis], jugement du 9 septembre 1963, reproduit dans *American Journal of International Law*, vol. 58 (1964), p. 186 et 187 ; *Saltany and Others v. Reagan and Others*, tribunal du district de Columbia (États-Unis), jugement du 23 décembre 1988, 702 F. Supp. 319, reproduit dans *International Law Reports*,vol. 80, p 19 ; *Tachiona v. Mugabe (« Tachiona I »)* [note 260 *supra*] ; *H. S. A.* et al. *c. S. A.* et al. [note 260 *supra*].

[273] Il faut rappeler que cette difficulté a déjà été signalée par la Commission elle-même au paragraphe 7 de son commentaire relatif à l'article 3 du projet d'articles sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens [*Annuaire… 1991*, vol. II (2e partie), p. 22]. Les mêmes problèmes ont été soulignés par la Commission au paragraphe 3 du commentaire relatif à l'article premier du projet d'articles sur la prévention et la répression des infractions commises contre des agents diplomatiques et d'autres personnes ayant droit à une protection internationale (*Annuaire… 1972*, vol. II, document A/8710/Rev.1, p. 340) ; et au paragraphe 3 du commentaire relatif à l'article 21 du projet d'articles sur les missions spéciales (*Annuaire… 1967*, vol. II, document A/6709/Rev.1 et Rev.1/Corr.1, p. 396).

[274] *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale* (voir *supra* la note 259), par. 170 à 180.

[275] Ibid., par. 191.

[276] Ibid., par. 194. Voir, en général, les paragraphes 181 à 197.

[277] Voir, à ce propos, l'affaire relative au *General Shaul Mofaz* (Ministre israélien de la défense), tribunal de district de Bow Street (Royaume-Uni), jugement du 12 février 2004, reproduit dans *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 53, 3e partie (2004), p. 771 ; et l'affaire relative à *Re Bo Xilai* (Ministre chinois du commerce international), tribunal d'instance de Bow Street, jugement du 8 novembre 2005 (reproduit dans *International Law Reports*, vol. 128, p. 713), dans lequel l'immunité de M. Bo Xilai a été reconnue, non parce qu'il a été simplement considéré comme un représentant de rang élevé, mais, spécifiquement, parce qu'il était en mission spéciale au Royaume-Uni. Un an plus tard, dans une affaire civile, un tribunal des États-Unis a estimé que M. Bo Xilai jouissait de l'immunité, de nouveau parce qu'il était en mission spéciale, aux États-Unis : *Suggestion of Immunity and Statement of Interest of the United States*, tribunal du district de Columbia, jugement du 24 juillet 2006 (Civ. No. 04-0649). Dans l'affaire *Association Fédération nationale des victimes d'accidents collectifs « FENVAC SOS catastrophe » ; Association des familles des victimes du Joola* et al., arrêt du 19 janvier 2010 (voir *supra* la note 260), la Cour a affirmé de manière générale qu'un ministre de la défense en exercice jouit de l'immunité *ratione personae* à l'égard de la juridiction pénale étrangère, mais n'a reconnu en l'espèce qu'une immunité *ratione materiae*, la personne en cause n'occupant plus ce poste. Dans l'affaire *Nezzar* [Tribunal pénal fédéral, Suisse (voir *supra* la note 260)], le Tribunal a déclaré de manière générale qu'un ministre de la défense en exercice jouit de l'immunité *ratione personae* à l'égard de la juridiction pénale étrangère mais il n'a pas reconnu cette immunité, en l'espèce, parce que M. Nezzar n'était plus en fonctions et que les faits commis constituaient des crimes internationaux, ce qui le privait aussi de l'immunité *ratione materiae*.

soit parce qu'elle n'est pas un chef d'État, un chef de gouvernement ou un ministre des affaires étrangères, soit parce qu'elle n'appartient pas au cercle étroit de représentants qui méritent ce type de traitement[278], ce qui montre qu'il est très difficile d'identifier les personnalités de rang élevé autres que le chef de l'État, le chef de gouvernement et le ministre des affaires étrangères qui peuvent incontestablement être considérées comme jouissant de l'immunité *ratione personae*. En revanche, il convient aussi de souligner que, dans certaines de ces décisions, l'immunité de juridiction pénale étrangère d'un représentant de rang élevé est analysée sous différents angles (immunité *ratione personae*, immunité *ratione materiae*, immunité de l'État, immunité au titre de la participation à une mission spéciale), ce qui montre les incertitudes liées à la détermination précise de l'immunité de juridiction pénale étrangère dont pourraient bénéficier des représentants de rang élevé autres que le chef de l'État, le chef de gouvernement et le ministre des affaires étrangères[279].

11) Sur un autre plan, il faut rappeler que la Commission s'est déjà intéressée à l'immunité des personnes de rang élevé dans son projet d'articles sur les missions spéciales et son projet d'articles sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel[280]. Il faut toutefois rappeler que ces instruments ne visent qu'à maintenir à ces personnes le bénéfice des immunités qui leur sont accordées en vertu du droit international en dehors du cadre de ces instruments. Cependant, ni dans le texte des projets d'articles ni dans les commentaires y relatifs de la Commission, il n'est clairement indiqué en quoi consistent ces immunités et si elles comprennent ou non une immunité de juridiction pénale étrangère *ratione personae*. Il faut aussi souligner que bien que ces personnes de rang élevé puissent être considérées comme faisant partie de la catégorie des « représentants de l'État » visés au paragraphe 1 *b* iv de l'article 2 de la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, cet instrument − comme il a déjà été indiqué − ne couvre pas « les poursuites au pénal ». Néanmoins, certains membres de la Commission ont affirmé que les personnalités de rang élevé bénéficient du régime d'immunité lié aux missions spéciales, y compris l'immunité de juridiction pénale étrangère, lorsqu'elles sont en visite officielle dans un État tiers dans l'exercice de fonctions de représentation de l'État et dans le cadre de leurs fonctions propres. Il a été dit que c'était là un moyen de garantir la bonne exécution des fonctions sectorielles de cette catégorie de personnalités de rang élevé au niveau international.

---

[278] Comme exemple d'une telle décision, voir l'affaire *Khurts Bat v. Investigating Judge of the German Federal Court* (voir *supra* la note 260), jugement du 29 juillet 2011 dans lequel le tribunal estime, en se fondant sur l'arrêt de la Cour internationale de Justice dans l'affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* (voir *supra* la note 247), que « le droit international coutumier reconnaît à certaines personnes occupant des postes de rang élevé le bénéfice de l'immunité *ratione personae* durant l'exercice de leurs fonctions » (par. 55) dès lors qu'elles appartiennent au cercle étroit de personnes auxquelles « il doit être possible d'accorder un statut similaire » (par. 59) à celui du chef de l'État, du chef du gouvernement ou du ministre des affaires étrangères visés dans l'arrêt précité. Après avoir analysé les fonctions exercées par M. Khurst Bat, le tribunal conclut que celui-ci « n'appartient pas à ce cercle étroit » (par. 61). Auparavant, la cour d'appel de Paris avait refusé de reconnaître l'immunité de M. Ali Ali Reza au motif que la qualité de ministre d'État de l'Arabie saoudite, et non de ministre des affaires étrangères, ne suffisait pas à lui assurer le bénéfice de cette immunité [voir *Ali Ali Reza c. Grimpel* (voir *supra* la note 272)]. Dans l'affaire *United States of America v. Manuel Antonio Noriega*, la cour d'appel du onzième circuit, dans son arrêt du 7 juillet 1997 (appels n°s 92-4687 et 96-4471), a affirmé que M. Noriega, ancien commandant en chef des forces armées panaméennes, ne pouvait être compris dans la catégorie des personnes bénéficiant de l'immunité *ratione personae*, en rejetant l'argument de M. Noriega selon lequel, à l'époque des faits, il était chef d'État ou chef de fait du Panama (voir *International Law Reports*, vol. 121, p. 591 et suiv.). Un autre tribunal, dans l'affaire *Republic of Philippines v. Marcos* [tribunal du district nord de Californie, jugement du 11 février 1987 (665F.Supp. 793)] a estimé que le Procureur général des Philippines ne bénéficiait pas de l'immunité *ratione personae*. Dans l'affaire *I. T. Consultants, Inc. v. The Islamic Republic of Pakistan* [cour d'appel du circuit du district de Columbia, arrêt du 16 décembre 2003 (351 F.3d 1184)], la cour a refusé de reconnaître l'immunité du Ministre de l'agriculture pakistanais. De même, dans la récente affaire *Fotso v. Republic of Cameroon* (voir *supra* la note 260), le tribunal a estimé que le Ministre de la défense et le Secrétaire d'État auprès du Ministre de la défense ne jouissaient pas de l'immunité *ratione personae*, dont il a néanmoins reconnu le bénéfice au Président du Cameroun. Il faut garder à l'esprit que les trois affaires précitées mettaient en cause l'exercice de la compétence civile. Il faut aussi noter que, dans certains cas, les juridictions nationales n'ont pas reconnu le bénéfice de l'immunité de juridiction à des personnes occupant des postes de rang élevé dans des entités constitutives d'un État fédéral. Voir, à ce propos, les affaires suivantes : *R. (on the application of Diepreye Solomon Peter Alamieyeseigha) v. The Crown Prosecution Service*, tribunal du banc de la Reine (tribunal divisionnaire) [Royaume-Uni], décision du 25 novembre 2005 [(2005) EWHC 2704 (Admin)], refusant de reconnaître l'immunité du Gouverneur et chef de l'exécutif de l'État de Bayelsa au sein de la République fédérale du Nigéria ; et *Ministère public (Tribunal de Naples) c. Milo Djukanovic*, Cour de cassation (troisième chambre criminelle) [Italie], arrêt du 28 décembre 2004, dans lequel la Cour a refusé le bénéfice de l'immunité au Président du Monténégro avant l'accession à l'indépendance de ce pays [voir *Rivista di diritto internazionale*, vol. 89 (2006), p. 568]. Enfin, dans l'affaire *Evgeny Adamov c. Office fédéral de la justice*, Tribunal fédéral (Suisse), décision du 22 décembre 2005 (1A 288/2005), le tribunal a refusé le bénéfice de l'immunité à un ancien ministre de l'énergie atomique de la Fédération de Russie dans une affaire d'extradition, reconnaissant cependant dans une déclaration incidente la possibilité de reconnaître cette immunité à des représentants de haut rang sans préciser lesquels [disponible en ligne à l'adresse suivante : http://opil.ouplaw.com, International Law in Domestic Courts (ILDC) 339 (CH 2005)].

[279] La décision rendue dans l'affaire *Khurts Bat v. Investigating Judge of the German Federal Court* (voir *supra* la note 260) en fournit un bon exemple. Dans l'affaire *Association Fédération nationale des victimes d'accidents collectifs « FENVAC SOS catastrophe » ; Association des familles des victimes du Joola* et al., arrêt du 19 janvier 2010 (voir *supra* la note 260), la Cour s'est prononcée simultanément, et sans faire suffisamment la distinction entre elles, sur l'immunité *ratione personae* et l'immunité *ratione materiae*. Dans l'affaire *Nezzar* (voir *supra* la note 260), après avoir procédé à une analyse générale de l'immunité *ratione personae*, le Tribunal pénal fédéral suisse a également examiné si l'immunité *ratione materiae* ou l'immunité diplomatique revendiquée par l'intéressé pouvait s'appliquer. Dans d'autres affaires, les arguments avancés par les juridictions nationales sont encore plus imprécis, comme dans l'affaire *Kilroy v. Windsor*, tribunal du district nord de l'Ohio (division Est), qui, dans sa décision du 7 décembre 1978 en matière civile (Civ. No. C-78-291), a reconnu le bénéfice d'une immunité *ratione personae* au Prince de Galles en raison de sa qualité de membre de la famille royale britannique et d'héritier de la Couronne, mais aussi parce qu'il était en mission officielle aux États-Unis. Dans l'affaire *Bo Xilai* (voir *supra* la note 277), il faut souligner que si les juridictions du Royaume-Uni et des États-Unis ont toutes deux reconnu le bénéfice de l'immunité de juridiction au Ministre chinois du commerce, c'était parce que celui-ci était en visite officielle et jouissait d'une immunité liée à sa participation à une mission spéciale.

[280] Projet d'articles sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales adopté par la Commission à sa vingt-troisième session, *Annuaire… 1971*, vol. II (1re partie), document A/8410/Rev.1, p. 301 et suiv. En d'autres occasions, la Commission a employé l'expression « personnalité officielle » (projet d'articles sur la prévention et la répression des infractions commises contre des agents diplomatiques et d'autres personnes ayant droit à une protection internationale, article premier, *Annuaire… 1972*, vol. II, document A/8710/Rev.1) et l'expression « autres personnalités de rang élevé » (projet d'articles sur les missions spéciales, article 21, *Annuaire… 1967*, vol. II, document A/6709/Rev.1 et Rev.1/Corr.1, p. 395).

12) Au vu de ce qui précède, la Commission considère que les autres «personnalités de rang élevé» ne bénéficient pas de l'immunité *ratione personae* aux fins du présent projet d'articles, mais que cela est sans préjudice des règles relatives à l'immunité *ratione materiae* et du fait que, lorsqu'elles sont en visite officielle, ces personnalités de haut rang bénéficient de l'immunité de juridiction pénale étrangère en vertu des règles du droit international relatives aux missions spéciales.

13) Dans le projet d'article, l'expression «à l'égard de l'exercice» vise à la fois l'immunité *ratione personae* et la juridiction pénale étrangère. La Commission a décidé de ne pas employer la même expression dans le projet d'article 1 (Champ d'application du présent projet d'articles) afin de ne pas préjuger des aspects de fond de l'immunité, en particulier sa portée, qui fera l'objet d'autres projets d'article[281]. Dans le présent projet d'article, la Commission a décidé de conserver l'expression «à l'égard de l'exercice» qui montre bien la relation entre l'immunité et la juridiction pénale étrangère, et souligne le caractère essentiellement procédural de l'immunité qui joue par rapport à l'exercice du pouvoir de juridiction pénale à l'égard d'un comportement donné[282].

Article 4. Portée de l'immunité ratione personae

1. Les chefs d'État, les chefs de gouvernement et les ministres des affaires étrangères bénéficient de l'immunité *ratione personae* uniquement durant leur mandat.

2. Cette immunité *ratione personae* s'étend à tous les actes qui sont accomplis, tant à titre privé qu'à titre officiel, par les chefs d'État, les chefs de gouvernement et les ministres des affaires étrangères au cours de leur mandat ou antérieurement à celui-ci.

3. L'extinction de l'immunité *ratione personae* est sans préjudice de l'application des règles du droit international relatives à l'immunité *ratione materiae*.

Commentaire

1) Le projet d'article 4 traite de la portée de l'immunité *ratione personae* dans une double perspective, temporelle et matérielle. Pour comprendre la portée de l'immunité *ratione personae*, il convient de tenir compte à la fois de l'aspect temporel (par. 1) et de l'aspect matériel (par. 2). Bien que chacun de ces aspects soit une notion autonome, la Commission a décidé de les faire figurer dans un même article afin de donner une vue plus complète de la signification et de la portée de l'immunité dont bénéficient les chefs d'État, les chefs de gouvernement et les ministres des affaires étrangères. Elle a décidé de traiter d'abord de l'aspect temporel, car cela permet de mieux comprendre la portée matérielle de l'immunité *ratione personae*, qui est limitée à une période déterminée.

2) En ce qui concerne la portée temporelle de l'immunité *ratione personae*, la Commission a jugé nécessaire d'ajouter l'adverbe «uniquement» afin de souligner l'idée que ce type d'immunité s'applique aux chefs d'État, aux chefs de gouvernement et aux ministres des affaires étrangères exclusivement pendant la période où ils exercent leur mandat. Cela est cohérent avec la raison même qui fonde la reconnaissance de cette immunité, qui n'est autre que la position particulière dans laquelle se trouvent les personnes occupant ces postes au sein de la structure de l'État, et qui les place, en vertu du droit international, dans une situation particulière où elles ont un double lien, représentatif et fonctionnel, avec l'État dans le cadre des relations internationales. En conséquence, l'immunité *ratione personae* perd son sens lorsque la personne qui en jouit cesse d'exercer l'une de ces fonctions.

Cette position a été confirmée par la Cour internationale de Justice, qui, dans l'affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, a indiqué que «[…] dès lors qu'une personne a cessé d'occuper la fonction de ministre des affaires étrangères, elle ne bénéficie plus de la totalité des immunités de juridiction que lui accordait le droit international dans les autres États. À condition d'être compétent selon le droit international, un tribunal d'un État peut juger un ancien ministre des affaires étrangères d'un autre État au titre d'actes accomplis avant ou après la période pendant laquelle il a occupé ces fonctions, ainsi qu'au titre d'actes qui, bien qu'accomplis durant cette période, l'ont été à titre privé[283]». Bien que la Cour fasse référence au ministre des affaires étrangères, le même raisonnement s'applique, a fortiori, au chef de l'État et au chef de gouvernement. En outre, la limitation de l'immunité *ratione personae* à la période pendant laquelle les personnes qui jouissent de cette immunité sont dans l'exercice de leurs fonctions se retrouve aussi dans les conventions qui établissent un régime spécial d'immunité *ratione personae*, en particulier la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques et la Convention sur les missions spéciales[284]. La Commission elle-même, dans les commentaires du projet d'articles sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, a affirmé que «[l]es immunités *ratione personae*, à l'inverse des immunités *ratione materiae* qui ne disparaissent pas une fois que les fonctions officielles ont pris fin, ne s'appliquent plus une fois que l'intéressé a quitté son poste ou cessé ses fonctions[285]». La portée temporelle stricte de l'immunité *ratione personae* est également confirmée par diverses décisions de juridictions nationales[286].

[281] Voir *supra* le paragraphe 2 du commentaire cité.

[282] Voir *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* (note 247 *supra*), par. 60, et *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie; Grèce (intervenant)* [note 248 *supra*], par. 58.

[283] *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* (voir *supra* la note 247), par. 61.

[284] Voir la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques (art. 39, par. 2) et la Convention sur les missions spéciales (art. 43, par. 2).

[285] Elle a ajouté ceci: «[t]outes les activités des souverains et des ambassadeurs qui sont sans rapport avec leurs fonctions officielles peuvent être soumises à la juridiction locale une fois que le souverain ou l'ambassadeur a quitté son poste», *Annuaire… 1991*, vol. II (2e partie), p. 18, paragraphe 19 du commentaire relatif à alinéa *b* v du paragraphe 1 du projet d'article 2.

[286] De telles decisions ont souvent été rendues au civil dans lesquelles le même principe visant à limiter l'immunité dans le temps s'applique. Voir, par exemple, cour d'appel de Paris, *Mellerio c. Isabel de Bourbon, ex-Reine d'Espagne*, 3 juin 1872, reproduit dans *Recueil général des lois et des arrêts 1872*, p. 293; Tribunal civil de la Seine, *Seyyid Ali Ben Hamond, prince Rashid c. Wiercinski*, 25 juillet 1916, reproduit dans *Revue de droit international privé et de droit pénal international*, vol. 15 (1919), p. 505; cour d'appel de Paris, *Ex-roi d'Égypte Farouk c. S.A.R.L. Christian Dior*, 11 avril 1957, reproduit dans *Journal du droit international*, vol. 84, no 1 (1957), p. 716 à 718; Tribunal

(Suite de la note page suivante.)

En conséquence, la Commission considère qu'au terme du mandat du chef de l'État, du chef du gouvernement et du ministre des affaires étrangères l'immunité *ratione personae* prend fin. Elle n'a pas jugé nécessaire d'indiquer les critères particuliers qui doivent être pris en compte pour déterminer le moment où commence et celui où s'achève le mandat des personnes qui jouissent de cette immunité, car cela dépend de l'ordre juridique de chaque État et la pratique varie dans ce domaine.

3) Pendant la durée du mandat − et uniquement pendant cette période − l'immunité *ratione personae* s'étend à tous les actes accomplis par le chef de l'État, le chef du gouvernement et le ministre des affaires étrangères, que ces actes aient été accomplis à titre privé ou à titre officiel. L'immunité *ratione personae* est donc conçue comme une « immunité totale[287] » qui couvre tout acte accompli par l'une quelconque des personnes mentionnées ci-dessus. Cette conception reflète la pratique des États[288].

Comme l'a indiqué la Cour internationale de Justice dans l'affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, en faisant référence en particulier à un ministre des affaires étrangères, l'extension de l'immunité aux actes accomplis à titre privé comme à titre officiel est nécessaire pour garantir que les personnes jouissant de l'immunité *ratione personae* ne sont pas empêchées de s'acquitter des tâches inhérentes à leurs fonctions, car « [l]es obstacles ainsi apportés à l'exercice de telles fonctions officielles ont des conséquences aussi graves […] [que l'arrestation] concerne des actes qu[e le ministre] aurait accomplis à titre "officiel" ou des actes qu'il aurait accomplis à titre "privé"[289] ». En conséquence, « il n'est pas possible d'opérer de distinction entre les actes accomplis par un ministre des affaires étrangères à titre "officiel" et ceux qui l'auraient été à titre "privé"[290] ». Le même raisonnement doit s'appliquer, a fortiori, au chef d'État et au chef du gouvernement.

4) En ce qui concerne la terminologie employée pour désigner les actes qui sont couverts par l'immunité *ratione personae*, il convient de garder à l'esprit que l'on ne trouve pas de formulation unique ni uniforme dans la pratique. Par exemple, la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques ne distingue pas expressément entre les actes accomplis à titre privé et ceux accomplis à titre officiel lorsqu'elle fait référence aux actes auxquels s'étend l'immunité de juridiction pénale des agents diplomatiques, mais il est entendu que cette immunité s'applique aux deux catégories d'actes[291]. En outre, la terminologie employée dans d'autres instruments, documents et décisions judiciaires, ainsi que dans la doctrine, n'est pas constante puisqu'on y trouve, entre autres, les termes « actes officiels et actes privés », « actes accomplis dans l'exercice des fonctions », « actes relatifs aux tâches inhérentes aux fonctions » ou « actes accomplis à titre officiel et à titre privé ». La Commission a jugé préférable d'employer dans le présent article l'expression « actes qui sont accomplis, tant à titre privé qu'à titre officiel », suivant les termes employés par la Cour internationale de Justice dans l'affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*.

Cela étant, la Commission n'a pas jugé nécessaire de se prononcer pour le moment sur les types d'actes qui doivent être considérés comme des « actes accomplis à titre officiel », car cette catégorie sera examinée à un stade ultérieur, dans le cadre de l'analyse de l'immunité *ratione materiae*, et il ne convient pas d'en préjuger.

En outre, il faut noter que, lorsqu'elle a approuvé le paragraphe 2, la Commission n'a pas examiné la question des exceptions possibles à l'immunité, qui sera traitée plus tard.

5) La Commission entend par « actes » aussi bien des actions que des omissions. Bien que la terminologie employée ait fait l'objet de discussions, elle a décidé d'employer le terme « actes » conformément à la version anglaise des articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, à l'article premier duquel on trouve le terme *act*, étant entendu qu'un acte « peut consister en une ou plusieurs actions ou omissions, ou en une combinaison d'actions et d'omissions[292] ». En outre, l'emploi du terme « acte » est courant en droit pénal international pour définir les comportements (actifs ou passifs)

(Suite de la note 286.)

de grande instance de la Seine, *Société Jean Dessès c. prince Farouk et dame Sadek*, 12 juin 1963, reproduit dans *Revue critique de droit international privé* (1964), p. 689 ; *United States of America v. Noriega* (1990) 746 F.Supp. 1506 ; In re *Estate of Ferdinand Marcos*, 25 F.3d 1467, 1471 (9th Cir. 1994) ; et la demande d'extradition de l'Espagne du 3 novembre 1998 dans l'affaire *Pinochet* (voir *supra* la note 260).

[287] La Cour internationale de Justice qualifie de « totale » la portée matérielle de l'immunité *ratione personae* [*Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* (voir *supra* la note 247), par. 54]. Pour sa part, la Commission a affirmé, au sujet de l'immunité *ratione personae* des agents diplomatiques, que « [l]'immunité de la juridiction criminelle est totale » (*Annuaire… 1958*, vol. II, document A/3859, p. 101 et 102, paragraphe 4 du commentaire relatif à l'article 29 du projet d'articles relatifs aux relations et immunités diplomatiques).

[288] Voir, par exemple, Cour de cassation, *Arafat e Salah*, 28 juin 1985, dans *Rivista di diritto internazionale*, vol. 69, nº 4 (1986), p. 884 ; *Ferdinand et Imelda Marcos c. Office fédéral de la police* (note 260 *supra*) ; *Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet Ugarte (Pinochet nº 3)* [note 260 *supra*], en particulier p. 592 ; cour d'appel de Paris (chambre d'accusation), *Kadhafi*, arrêt du 20 octobre 2000, reproduit dans *Revue générale de droit international public*, vol. 105 (2001), p. 475 ; *H. S. A.* et al. *c. S. A.* et al. (note 260 *supra*), à la page 599 ; Cour suprême de la Sierra Leone, *Issa Hassan Sesay a.k.a. Issa Sesay, Allieu Kondewa, Moinina Fofana v. President of the Special Court, Registrar of the Special Court, Prosecutor of the Special Court, Attorney-General and Minister of Justice*, arrêt du 14 octobre 2005, S. C. nº 1/2003 ; Espagne, *Affaire contre Paul Kagame, Auto del Juzgado Central de Instrucción No. 4* (2008) [note 260 *supra*], p. 156 et 157. Parmi les affaires plus récentes, voir *Association Fédération nationale des victimes d'accidents collectifs « FENVAC SOS catastrophe » ; Association des familles des victimes du Joola* et al., France, chambre d'instruction de la cour d'appel de Paris, arrêt du 16 juin 2009, confirmé par la Cour de cassation, arrêt du 19 janvier 2010 (note 260 *supra*) ; *Khurts Bat v. Investigating Judge of the German Federal Court* (note 260 *supra*), par. 55 ; et *Nezzar* (note 260 *supra*), considérant en droit 5.3.1. Voir également cour d'appel de Paris, Pôle 7, deuxième chambre d'instruction, arrêt du 13 juin 2013.

[289] *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* (voir *supra* la note 247), par. 55.

[290] Ibid.

[291] C'est ce qu'il convient de déduire de la lecture conjointe du paragraphe 1 de l'article 31 et du paragraphe 2 de l'article 39 de la Convention. Le paragraphe 1 de l'article 31 et le paragraphe 2 de l'article 43 de la Convention sur les missions spéciales doivent être interprétés dans le même sens.

[292] *Annuaire… 2001*, vol. II (2e partie) et rectificatif, p. 335, paragraphe 1 du commentaire relatif à l'article premier. Il convient de noter que, si l'on trouve des termes différents pour faire référence à la même catégorie d'actes dans les versions espagnole et française (*hecho* et « fait », respectivement), les termes employés coïncident dans l'extrait du commentaire de la Commission reproduit ci-dessus.

à partir desquels la responsabilité pénale est établie. Ainsi, dans le Statut de Rome de la Cour pénale internationale, le terme « actes » a été employé au sens général dans les articles 6, 7 et 8, sans que l'on se demande si ce terme recouvre aussi bien les actions que les omissions, car cela dépend de chaque infraction pénale particulière. Les Statuts du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie[293] et du Tribunal pénal international pour le Rwanda[294] emploient aussi le terme « acte » pour désigner les comportements, actifs et passifs, qui constituent une infraction relevant de la compétence de ces tribunaux. Le même terme a été employé en outre dans divers traités internationaux qui ont pour objet d'imposer des obligations aux États mais définissent néanmoins des comportements qui peuvent faire naître une responsabilité pénale. C'est le cas, par exemple, de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (art. 2), et de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (article premier).

6) Les actes auxquels s'étend l'immunité *ratione personae* sont ceux qu'un chef d'État, un chef de gouvernement ou un ministre des affaires étrangères ont accomplis au cours de leur mandat ou antérieurement à celui-ci. Cela s'explique par l'objectif que vise l'immunité *ratione personae*, qui a trait à la fois à la protection de l'égalité souveraine de l'État et à la garantie que les personnes jouissant de ce type d'immunité peuvent exercer leurs fonctions de représentation de l'État sans obstacle tout au long de leur mandat. Dans cette optique, il n'est pas nécessaire de donner des précisions supplémentaires sur l'applicabilité de l'immunité *ratione personae* aux actes accomplis par ces personnes au cours de leur mandat. Quant aux actes accomplis antérieurement au mandat, il convient de noter que l'immunité *ratione personae* ne s'applique à eux que si la juridiction pénale d'un État tiers doit être exercée pendant la période au cours de laquelle le chef de l'État, le chef du gouvernement ou le ministre des affaires étrangères sont en fonctions. Et ce, parce que, comme l'a noté la Cour internationale de Justice dans l'affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, « […] il n'est pas possible d'opérer de distinction […] entre les actes accomplis par l'intéressé avant qu'il n'occupe les fonctions de ministre des affaires étrangères et ceux accomplis durant l'exercice de ces fonctions. C'est ainsi que, si un ministre des affaires étrangères est arrêté dans un autre État à la suite d'une quelconque inculpation, il se trouvera à l'évidence empêché de s'acquitter des tâches inhérentes à ses fonctions. Les obstacles ainsi apportés à l'exercice de telles fonctions officielles ont des conséquences aussi graves, que […] [l'arrestation] concerne des actes qu[e la personne] aurait accomplis avant d'occuper le poste de ministre des affaires étrangères ou des actes accomplis dans le cadre de ses fonctions[295] ».

En tout état de cause, il convient de noter que, comme la Cour internationale de Justice l'a également indiqué dans la même affaire, l'immunité *ratione personae* revêt un caractère procédural et ne saurait être interprétée comme une exonération de la responsabilité pénale d'un chef de l'État, d'un chef de gouvernement ou d'un ministre des affaires étrangères qui peut être recherchée pour des actes commis pendant leur mandat ou antérieurement, mais uniquement comme une forme de suspension de l'exercice de la juridiction étrangère pendant la durée du mandat de ces hauts représentants[296]. En conséquence, lorsque le mandat prend fin, les actes accomplis pendant l'exercice de ces fonctions ou antérieurement cessent d'être couverts par l'immunité *ratione personae* et peuvent, dans certains cas, être soumis à la juridiction pénale qui ne pouvait pas s'exercer pendant le mandat.

Enfin, il convient de noter que l'immunité *ratione personae* ne s'applique en aucun cas aux actes accomplis par un chef d'État, un chef de gouvernement ou un ministre des affaires étrangères après la fin de leur mandat. Puisqu'ils sont alors considérés comme un « ancien » chef d'État, un « ancien » chef de gouvernement ou un « ancien » ministre des affaires étrangères, cette immunité se sera éteinte lorsque le mandat aura pris fin.

7) Le paragraphe 3 traite de ce qu'il advient, après la fin du mandat du chef de l'État, du chef du gouvernement ou du ministre des affaires étrangères, des actes qu'ils ont accomplis à titre officiel pendant qu'ils étaient en fonctions. Ce paragraphe part du principe que l'immunité *ratione personae* s'éteint lorsque le chef de l'État, le chef du gouvernement ou le ministre des affaires étrangères quitte ses fonctions. Par conséquent, rien ne subsiste de l'immunité *ratione personae*, après la fin du mandat de la personne qui en jouissait. Il faut cependant garder à l'esprit que le chef de l'État, le chef du gouvernement ou le ministre des affaires étrangères peuvent avoir accompli à titre officiel, pendant leur mandat, des actes qui ne perdent pas ce caractère du seul fait que le mandat a pris fin et qui peuvent donc être couverts par l'immunité *ratione materiae*. Ce point n'est pas contesté sur le fond, même s'il trouve son expression sous des formes diverses dans la pratique étatique, conventionnelle et judiciaire[297].

Ainsi, le paragraphe 3 contient une clause « sans préjudice » concernant l'applicabilité, dans certains cas, de l'immunité *ratione materiae* à ces actes. Cela ne signifie pas que l'immunité *ratione personae* est prolongée après la fin du mandat des personnes qui en jouissaient, ce qui serait incompatible avec les dispositions du paragraphe 1 du projet d'article. Et cela ne signifie pas non plus que l'immunité *ratione personae* devient une nouvelle forme d'immunité *ratione materiae* qui

[293] Rapport du Secrétaire général établi conformément au paragraphe 2 de la résolution 808 (1993) du Conseil de sécurité (S/25705), annexe.

[294] Résolution 955 (1994) du Conseil de sécurité, en date du 8 novembre 1994, annexe.

[295] *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* (voir *supra* la note 247), par. 55.

[296] « L'immunité de juridiction peut certes faire obstacle aux poursuites pendant un certain temps ou à l'égard de certaines infractions ; elle ne saurait exonérer la personne qui en bénéficie de toute responsabilité pénale » (ibid., par. 60).

[297] Par exemple, en ce qui concerne l'immunité des membres de la mission diplomatique, la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques prévoit expressément que « l'immunité subsiste en ce qui concerne les actes accomplis par cette personne dans l'exercice de ses fonctions comme membre de la mission » (art. 39, par. 2), formule reprise dans la Convention sur les missions spéciales (art. 43, par. 1). En ce qui concerne la jurisprudence des États, les expressions employées sont très diverses, puisqu'il est parfois question d'une « immunité résiduelle » ou de la « continuité de l'immunité au titre des actes officiels » ou de formules analogues. Voir à ce sujet l'analyse réalisée par le secrétariat dans son étude de 2008 (A/CN.4/596 et Corr.1, document reprographié, disponible sur le site Web de la Commission, soixantième session, par. 137 et suiv.).

s'appliquerait automatiquement en vertu des dispositions du paragraphe 3. La Commission comprend la clause « sans préjudice » comme laissant simplement ouverte la possibilité que l'immunité *ratione materiae* s'applique à des actes accomplis par un ancien chef d'État, un ancien chef de gouvernement ou un ancien ministre des affaires étrangères en leur qualité officielle et pendant leur mandat, lorsque cela est possible en vertu des règles régissant cette catégorie d'immunité. Le paragraphe 3 ne préjuge pas de la teneur du régime de l'immunité *ratione materiae*, qui sera développé dans la troisième partie du présent projet d'articles.