Chapitre XI

IMMUNITÉ DE JURIDICTION PÉNALE ÉTRANGÈRE DES REPRÉSENTANTS DE L'ÉTAT

A. Introduction

190. 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[1363]. 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[1364].

191. 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)[1365]. Elle n'a pas pu examiner le sujet à sa soixante et unième session (2009) ni à sa soixante-deuxième session (2010)[1366].

192. 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[1367]. La Commission a reçu et examiné le rapport préliminaire de la Rapporteuse spéciale à la même session (2012), son deuxième rapport à la soixante-cinquième session (2013), son troisième rapport à la soixante-sixième session (2014) et son quatrième rapport à la soixante-septième session (2015)[1368]. Sur la base des projets d'article proposés par la Rapporteuse spéciale dans les deuxième, troisième et quatrième rapports, la Commission a adopté provisoirement six projets d'article et les commentaires y relatifs. Le projet d'article 2, relatif aux définitions, est encore en cours d'élaboration[1369].

B. Examen du sujet à la présente session

193. La Commission était saisie du cinquième rapport de la Rapporteuse spéciale, qui traite de la question des limites et des exceptions à l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État (A/CN.4/701). Elle a débattu de ce rapport de sa 3328e à sa 3331e séance, du 26 au 29 juillet 2016. Au moment de son examen, ce document n'était disponible que dans deux des six langues officielles de l'Organisation des Nations Unies. En conséquence, la Commission a tenu un débat à caractère préliminaire auquel ont participé les membres qui souhaitaient s'exprimer sur le sujet ; ce débat se poursuivra à la soixante-neuvième session. Il a été entendu que les circonstances de l'examen de ce rapport à la session en cours constituaient un cas exceptionnel et ne devaient pas créer un précédent. La Commission a souligné que le débat tenu à cette session n'en était qu'à ses prémices et qu'elle ne soumettrait à l'Assemblée générale le résultat de ses travaux qu'une fois qu'elle aurait mené ce débat à terme à sa soixante-neuvième session.

194. À sa 3329e séance, le 27 juillet 2016, la Commission a provisoirement adopté les projets d'articles 2 *f* et 6, qui avaient été provisoirement adoptés par le Comité de rédaction et dont elle avait pris note à sa soixante-septième session (voir *infra* la section C.1).

195. À ses 3345e et 3346e séances, le 11 août 2016, la Commission a adopté les commentaires des projets d'article provisoirement adoptés à la présente session (voir *infra* la section C.2).

1. Présentation par la Rapporteuse spéciale de son cinquième rapport

196. Le cinquième rapport était consacré à l'analyse des limites et des exceptions à l'immunité de juridiction

[1363] À sa 2940e séance, le 20 juillet 2007 [voir *Annuaire… 2007*, vol. II (2e partie), p. 101, par. 376]. L'Assemblée générale, au paragraphe 7 de sa résolution 62/66 du 6 décembre 2007, a pris note de la décision de la Commission d'inscrire le sujet à son programme de travail. La Commission avait décidé d'inscrire le sujet à son programme de travail à long terme à sa cinquante-huitième session (2006), sur la base d'une proposition figurant à l'annexe I de son rapport [voir *Annuaire… 2006*, vol. II (2e partie), p. 194, par. 257, et p. 199 à 209].

[1364] *Annuaire… 2007*, vol. II (2e partie), p. 105, par. 386. L'étude préparée par le Secrétariat sur le sujet figure dans le document A/CN.4/596 et Corr.1 [disponible sur le site Web de la Commission, documents de la soixantième session (2008) ; le texte définitif sera reproduit dans un additif à l'*Annuaire… 2008*, vol. II (1re partie)].

[1365] *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) ; et *Annuaire… 2011*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/646 (troisième rapport).

[1366] Voir *Annuaire… 2009*, vol. II (2e partie), p. 151, par. 207 ; et *Annuaire… 2010*, vol. II (2e partie), p. 201, par. 343.

[1367] *Annuaire… 2012*, vol. II (2e partie), p. 86, par. 266.

[1368] Ibid., vol. II (1re partie), document A/CN.4/654 (rapport préliminaire) ; *Annuaire… 2013*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/661 (deuxième rapport) ; *Annuaire… 2014*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/673 (troisième rapport) ; et *Annuaire… 2015*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/686 (quatrième rapport).

[1369] À sa 3174e séance, le 7 juin 2013, la Commission a reçu le rapport du Comité de rédaction et a adopté à titre provisoire les projets d'articles 1, 3 et 4, et de sa 3193e à sa 3196e séance, les 6 et 7 août 2013, elle a adopté les commentaires y relatifs [voir *Annuaire… 2013*, vol. II (2e partie), p. 42 et suiv., par. 48 et 49]. À sa 3231e séance, le 25 juillet 2014, la Commission a reçu le rapport du Comité de rédaction et a adopté à titre provisoire les projets d'articles 2 *e* et 5, et de sa 3240e à sa 3242e séance, les 6 et 7 août 2014, elle a adopté les commentaires y relatifs [voir *Annuaire… 2014*, vol. II (2e partie), p. 152 et suiv., par. 131 et 132]. À sa 3284e séance, le 4 août 2015, le Président du Comité de rédaction a présenté le rapport du Comité sur le sujet « Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État », qui contient les projets d'articles 2 *f* et 6 adoptés provisoirement par le Comité de rédaction à la soixante-septième session, dont la Commission a pris note [*Annuaire… 2015*, vol. II (2e partie), p. 75 et suiv., par. 176].

pénale étrangère des représentants de l'État. Il exposait, en particulier, les travaux antérieurs de la Commission sur la question des limites et des exceptions à l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État, présentait une analyse de la pratique pertinente, traitait de quelques questions méthodologiques et conceptuelles relatives aux limites et aux exceptions, et envisageait les cas dans lesquels l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État ne s'appliquerait pas. Il indiquait en guise de conclusion qu'il n'avait pas été possible de déterminer, sur la base de la pratique, l'existence d'une règle coutumière autorisant l'application de limites ou d'exceptions à l'immunité *ratione personae*, ni de déceler une tendance en faveur d'une telle règle. En revanche, le rapport parvenait à la conclusion que les limites et exceptions à l'immunité de juridiction pénale étrangère s'appliquaient effectivement aux représentants de l'État dans le contexte de l'immunité *ratione materiae*. Au terme de l'analyse, le rapport contenait un projet d'article 7 proposé par la Rapporteuse spéciale, concernant les « Crimes à l'égard desquels l'immunité ne s'applique pas »[1370]. Il était également indiqué dans le rapport que les aspects procéduraux de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État seraient traités dans le sixième rapport de la Rapporteuse spéciale en 2017.

197. En présentant le rapport, la Rapporteuse spéciale a rappelé que le sujet avait fait l'objet de débats récurrents au fil des ans au sein de la Commission et de la Sixième Commission de l'Assemblée générale, suscitant des opinions très diverses et souvent opposées. Le cinquième rapport était consacré à l'étude des limites et des exceptions aux immunités après l'achèvement par la Commission de l'étude de tous les éléments normatifs de l'immunité *ratione personae* et de l'immunité *ratione materiae*.

198. La Rapporteuse spéciale a indiqué avoir suivi pour l'élaboration de son rapport la même méthodologie que pour les rapports précédents, à savoir l'analyse de la pratique judiciaire (interne et internationale) et conventionnelle, la prise en considération des travaux antérieurs de la Commission, en y ajoutant une analyse de la législation interne des États, ainsi que des informations communiquées par les gouvernements en réponse aux questions formulées par la Commission. La Rapporteuse spéciale a souligné que le cinquième rapport, tout comme ceux qui l'avaient précédé, devait être lu conjointement avec les rapports antérieurs sur le sujet, avec lesquels il formait un tout.

199. Passant aux principales questions de fond et d'ordre méthodologique mises en évidence dans le cinquième rapport, la Rapporteuse spéciale a indiqué que l'objet de celui-ci était le suivant : *a*) rechercher s'il existait des situations dans lesquelles l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État était privée d'effet, même lorsque cette immunité était potentiellement applicable parce que tous ses éléments normatifs tels que définis dans les projets d'article provisoirement adoptés étaient réunis ; et *b*) déterminer, en cas de réponse positive à l'alinéa *a*, les cas où cette immunité était effectivement privée d'effet, en traitant en particulier : i) les limites et exceptions à l'immunité ; et ii) les crimes à l'égard desquels l'immunité ne s'appliquait pas.

200. La Rapporteuse spéciale a fait observer que l'expression « limites et exceptions » correspondait à son avis à une distinction théorique selon laquelle une « limite » était un élément intrinsèque au régime de l'immunité lui-même, tandis qu'une « exception » était un élément extérieur à celui-ci. La distinction avait des implications normatives, car elle emportait des conséquences pour l'interprétation systémique de l'immunité, comme le laissait entendre le rapport. La Rapporteuse spéciale a néanmoins souligné que la distinction entre limites et exceptions n'avait aucune incidence pratique puisque l'une et l'autre avaient le même effet, à savoir la non-application du régime juridique de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État. En conséquence, aux fins du présent projet d'articles, l'expression « l'immunité ne s'applique pas » couvrait à la fois les limites et les exceptions.

201. En outre, la levée de l'immunité n'était pas envisagée dans le rapport comme « une limite ou une exception ». La levée de l'immunité produisait les mêmes effets qu'une limite ou une exception ; cependant, cela était dû non pas à l'existence de règles générales autonomes, mais à la volonté de l'État du représentant. La levée de l'immunité ayant un caractère essentiellement procédural, elle serait examinée dans le sixième rapport, qui serait consacré aux aspects procéduraux de l'immunité.

202. Le rapport ne se bornait pas à traiter des crimes internationaux. Il comportait aussi une analyse de certains autres types d'infractions, comme la corruption, qui était un sujet important de préoccupation pour la communauté internationale. La pratique étatique offrait en outre des exemples de non-application de l'immunité qui étaient fondés sur la primauté du principe de souveraineté territoriale dans l'exercice de la juridiction pénale de l'État du for (du même ordre que l'« exception territoriale » dans le contexte de l'immunité juridictionnelle de l'État).

203. La Rapporteuse spéciale a aussi insisté sur un certain nombre d'éléments qu'il convenait de prendre en considération pour l'analyse du régime de l'application des limites et des exceptions à l'immunité :

a) Les notions d'immunité et de juridiction étaient indissolublement liées. L'immunité était une exception à l'exercice de la juridiction des tribunaux de l'État du for.

[1370] Le texte du projet d'article 7, tel que proposé par la Rapporteuse spéciale dans le cinquième rapport, se lit ainsi :

« Projet d'article 7

« *Crimes à l'égard desquels l'immunité ne s'applique pas*

« 1. L'immunité ne s'applique pas à l'égard des crimes suivants :

« *a*) le crime de génocide, les crimes contre l'humanité, les crimes de guerre, la torture et les disparitions forcées ;

« *b*) les crimes liés à la corruption ;

« *c*) les crimes qui portent atteinte aux personnes, notamment en entraînant leur mort ou en leur causant des blessures graves, ou aux biens, s'ils sont commis sur le territoire de l'État du for et que le représentant de l'État est présent sur ce territoire au moment où ces crimes sont commis.

« 2. Le paragraphe 1 ne s'applique pas aux personnes bénéficiant de l'immunité *ratione personae* pendant leur mandat.

« 3. Les paragraphes 1 et 2 sont sans préjudice :

« *a*) de toute disposition d'un traité ayant force obligatoire pour l'État du for et l'État du représentant et en vertu de laquelle l'immunité ne serait pas applicable ;

« *b*) de l'obligation de coopérer avec une cour ou un tribunal international, qui, dans chaque cas, peut être exigée de l'État du for. »

Même si l'immunité et la juridiction étaient toutes deux fondées sur l'égalité souveraine des États, il fallait tenir compte du caractère exceptionnel de l'immunité pour établir l'existence éventuelle de limites et d'exceptions.

b) En raison de sa nature procédurale, l'immunité n'exonérait pas le représentant de l'État de sa responsabilité pénale individuelle. En conséquence, au sens formel, l'immunité ne pouvait équivaloir à l'impunité. Il fallait néanmoins souligner que, dans certaines circonstances, l'immunité pouvait entraîner, de fait, une impossibilité de conclure à la responsabilité pénale individuelle d'un représentant de l'État. Cet effet devait être pris en considération dans le cadre de l'analyse des limites et des exceptions à l'immunité.

c) L'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État avait une incidence sur les actions pénales visant à établir, le cas échéant, la responsabilité pénale individuelle de l'auteur de certaines infractions. Cette immunité était différente et distincte de l'immunité de l'État, et était soumise à un régime juridique propre, y compris quant aux limites et aux exceptions à l'immunité.

d) L'application horizontale de l'immunité entre États, traitée dans le cadre du présent sujet, était distincte et indépendante de l'application verticale de l'immunité devant les juridictions pénales internationales. Toutefois, en même temps, la simple existence de juridictions pénales internationales ne pouvait pas toujours être considérée comme un autre mécanisme permettant d'engager la responsabilité pénale des représentants de l'État. En conséquence, l'existence de juridictions pénales internationales ne pouvait être considérée comme une justification de l'absence d'exceptions.

204. À propos de l'analyse de la pratique pertinente dans le rapport, la Rapporteuse spéciale a insisté sur l'importance de cette pratique pour déterminer les limites et les exceptions à l'immunité. Cette analyse était complétée par une interprétation systémique de l'immunité ainsi que des limites et des exceptions à celle-ci. En conséquence, en dépit de la diversité de la pratique, il en ressortait clairement une tendance à considérer la perpétration de crimes internationaux comme un obstacle à l'application de l'immunité *ratione materiae* de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État, et cela pour deux motifs : *a*) les crimes en question n'étaient pas considérés comme des actes accomplis à titre officiel, ou étaient considérés comme constituant une exception à l'immunité justifiée par la gravité des actes commis ; ou *b*) ces crimes portaient atteinte aux valeurs et aux principes reconnus par la communauté internationale dans son ensemble.

205. Sur le premier point, on constatait que, même si les tribunaux nationaux avaient parfois reconnu l'immunité de juridiction pénale étrangère pour des crimes internationaux, ils l'avaient toujours fait dans le contexte de l'immunité *ratione personae*, mais seulement très exceptionnellement à l'égard de l'immunité *ratione materiae*. Cette pratique, associée à l'*opinio juris*, permettait d'arriver à la conclusion que le droit international contemporain autorisait des limites ou des exceptions à l'immunité *ratione materiae* de juridiction pénale étrangère en cas de perpétration de crimes internationaux. En outre, quand bien même on pouvait douter de l'existence d'une pratique générale suffisante pour constituer une coutume, on percevait une tendance manifeste attestant l'émergence d'une coutume.

206. S'agissant de la question des « valeurs et principes juridiques », le rapport tentait d'envisager les limites et les exceptions à l'immunité sous l'angle du droit international en tant que système normatif dont le régime juridique de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État faisait partie intégrante. Afin d'éviter que l'application d'un régime d'immunité n'entraîne des effets négatifs ou ne rende sans objet d'autres éléments du système contemporain de droit international, une telle approche systémique était nécessaire. Cette approche influait aussi sur la manière dont le rapport traitait la relation entre l'immunité et d'autres catégories essentielles du droit international contemporain, comme l'interdiction d'actes contraires aux normes impératives du droit international (*jus cogens*), ainsi que l'inscription dans le droit des notions d'impunité et d'obligation de rendre compte, et la lutte contre l'impunité, le droit d'accès à la justice, le droit des victimes à réparation ou, dans le même sens, l'obligation incombant aux États de juger les auteurs de certains crimes internationaux.

207. De l'avis de la Rapporteuse spéciale, une telle approche, qui répondait mieux aux préoccupations exprimées par certains États et membres de la Commission dans les débats au fil des années, était conforme au droit international contemporain. Elle n'altérait pas les éléments fondamentaux du droit pénal international tel qu'il s'était progressivement développé depuis le siècle dernier, notamment quant au principe de responsabilité pénale individuelle pour des crimes internationaux et à la nécessité de garantir l'existence de mécanismes permettant de lutter efficacement contre l'impunité à l'égard de tels crimes. Parallèlement, elle tenait compte d'autres éléments importants du droit international, en particulier du principe d'égalité souveraine des États.

208. La Rapporteuse spéciale a aussi exposé les différents éléments du projet d'article 7 qu'elle proposait. Elle a appelé l'attention sur les trois catégories de crimes à l'égard desquels l'immunité ne s'appliquait pas, sur le fait que les limites et exceptions s'appliquaient uniquement à l'égard de l'immunité *ratione materiae*, et sur l'existence de deux régimes particuliers considérés comme *lex specialis*.

2. Résumé du débat

a) *Observations d'ordre général*

209. Le débat à la présente session n'en est qu'à ses prémices et se poursuivra à la soixante-neuvième session de la Commission, ce dont il convient de tenir compte pour bien comprendre le résumé ci-après. Un exposé de l'intégralité du débat, y compris le résumé du débat par la Rapporteuse spéciale, sera établi après la conclusion du débat en 2017.

210. Les membres qui se sont exprimés ont généralement accueilli favorablement le cinquième rapport de la Rapporteuse spéciale, qui présentait de façon systématique

un grand nombre d'exemples bien documentés de pratique étatique telle qu'elle ressortait des traités et de la législation interne, ainsi que de la jurisprudence internationale et nationale. Il a été admis d'emblée que le sujet, notamment la question des limites et des exceptions, était juridiquement complexe et soulevait des questions politiquement très délicates et importantes pour les États. Il a aussi été rappelé qu'il existait des désaccords au sein de la Commission et des divergences de vue entre États, certains membres en déduisant qu'il convenait de procéder avec prudence sur le sujet. Certains membres ont estimé que la Commission devait se concentrer sur la codification plutôt que sur l'élaboration de nouvelles normes se rapportant au traitement des limites et des exceptions. D'autres membres ont affirmé que le traitement de cette question devait tenir compte aussi bien de la codification que du développement progressif du droit international.

b) *Observations sur les questions d'ordre méthodologique et conceptuel soulevées dans le cinquième rapport*

211. Dans leurs observations, les membres qui se sont exprimés ont abordé les différents aspects du rapport. Ils ont rappelé les précédents travaux de la Commission sur la question des limites et des exceptions, ont présenté des commentaires sur le traitement de la pratique pertinente, ont soulevé certaines questions d'ordre méthodologique et conceptuel relatives aux limites et aux exceptions, sont revenus sur la question de la nature juridique du régime de l'immunité, et ont examiné les cas dans lesquels l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État ne s'appliquait pas, dans le contexte du projet d'article 7 tel que proposé par la Rapporteuse spéciale. Tandis que certains membres ont approuvé les approches adoptées, d'autres ont exprimé des objections à cet égard.

Travaux antérieurs de la Commission concernant les limites et exceptions

212. Certains membres ont salué l'approche claire et équilibrée adoptée par la Rapporteuse spéciale pour étudier les limites et exceptions, et l'en ont remerciée. Pour cela, la Rapporteuse spéciale avait passé en revue la pratique et la jurisprudence pertinente et s'était efforcée de maintenir un équilibre délicat entre l'adhésion à l'immunité des représentants de l'État en droit international coutumier et un examen prudent des possibilités de développement progressif, conformément à l'approche qu'elle avait décidé d'appliquer dès le début de ses travaux.

213. Certains autres membres ont rappelé avec satisfaction l'étude élaborée par le Secrétariat[1371], ainsi que les travaux précédemment menés par le précédent Rapporteur spécial[1372]. Il a été dit que l'examen des limites et des exceptions aurait dû prendre pour point de départ les conclusions du précédent Rapporteur spécial[1373], pour déterminer si ses conclusions, dégagées en 2008[1374], pouvaient encore être justifiées et maintenues compte tenu de l'évolution ultérieure du droit international. Ces membres ont aussi estimé que la Rapporteuse spéciale s'était peu à peu écartée de l'approche qu'elle avait elle-même proposée pour le traitement du sujet, privilégiant le développement progressif au détriment de la codification, et causant ainsi un déséquilibre.

Étude de la pratique

214. Certains membres ont critiqué le rapport du fait qu'il ne suivait pas fidèlement le processus analytique de détermination du droit international coutumier auquel il se référait. De plus, certaines conclusions étaient souvent inconciliables avec d'autres affirmations figurant dans le rapport. Des préoccupations ont été notamment exprimées concernant le traitement de la jurisprudence, qui était d'origine diverse et dont le choix paraissait sélectif, et qui s'appuyait dans certains cas sur des opinions individuelles ou dissidentes, ainsi que sur la citation d'extraits limités de lois nationales dont certains étaient relativement dépourvus de pertinence pour l'examen du sujet. Il a été en outre noté qu'une tendance à admettre une exception devant les juridictions internes, même si elle existait, ne constituait pas une pratique générale susceptible de constituer une règle de droit international coutumier.

215. En conséquence, certains membres ont estimé qu'il n'apparaissait pas clairement si cette démarche analytique étayait suffisamment les conclusions tirées dans le rapport et que, dans certains cas, la jurisprudence relative à l'exercice de la juridiction pénale internationale n'aidait pas à déterminer si le droit international coutumier reconnaissait l'existence d'une exception à l'immunité *ratione materiae* devant une juridiction pénale étrangère. L'approche adoptée par la Rapporteuse spéciale aboutissait à étendre les limites et exceptions à l'immunité à des crimes de droit international incluant même des crimes de droit commun.

216. Il a été en outre affirmé dans le même contexte que, plutôt que de fonder le rapport sur les « valeurs et principes juridiques » de la communauté internationale, il eût été préférable de suivre strictement le processus de détermination du droit international coutumier, en s'appuyant sur des sources normatives. Il aurait dû être précisé que les propositions qui étaient faites relevaient du développement progressif du droit international.

217. En revanche, les membres de la Commission ayant pris part au débat ont généralement considéré que le rapport comportait une analyse abondante et approfondie de la pratique. Certains membres ont en outre estimé que cette analyse faisait ressortir l'existence d'une nette tendance à admettre certaines limites et exceptions à l'immunité, et étayait suffisamment les propositions faites par la Rapporteuse spéciale.

218. En outre, de l'avis de certains membres, même si des divergences de vue étaient inévitables quant au régime juridique et à la nature de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État, le rapport aurait un impact important sur la compréhension et le traitement de cette immunité et aiderait les États et autres acteurs concernés à élaborer un régime de l'immunité tenant compte des divers intérêts juridiques en jeu. Ils ont donc

[1371] A/CN.4/596 et Corr.1 (voir *supra* la note 1364).

[1372] Voir, en particulier, le deuxième rapport du Rapporteur spécial Roman A. Kolodkin, *Annuaire… 2010*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/631, p. 31 à 61, par. 54 à 93.

[1373] Ibid, p. 60 et 61, par. 90 à 93.

[1374] *Annuaire… 2008*, vol. II (2e partie), p. 149 et suiv., par. 294 à 311.

appuyé l'approche suivie par la Rapporteuse spéciale et noté que l'analyse et les conclusions sur la doctrine étaient intrinsèquement liées à la pratique et aux prononcés judiciaires, ce qui assurerait une base concrète aux propositions relatives aux limites et aux exceptions. Le lecteur du rapport aurait une compréhension globale et intégrale du contexte et des diverses positions sur les questions abordées, des variations dans le traitement de l'immunité aux niveaux international et national, et des considérations de principe en cause. Ces membres souscrivaient à la conclusion selon laquelle la pratique analysée dans le rapport faisait ressortir une tendance à reconnaître que l'immunité ne s'appliquait pas lorsque des crimes internationaux avaient été commis.

219. Il a été en outre considéré par ces membres qu'apporter une preuve irréfutable de l'existence d'une norme de droit international coutumier n'était pas nécessairement le seul moyen de traiter la question des limites et des exceptions. Dès lors, la référence aux « valeurs et principes juridiques » était à leur avis très utile.

220. Il a aussi été observé que la Rapporteuse spéciale avait fait des efforts louables pour réduire les divergences au sein de la Commission sur la question des limites et des exceptions à l'immunité, tout en adoptant une approche avisée, mais stimulante pour présenter la question à l'examen de la Commission. En mettant en évidence une tendance, la Rapporteuse spéciale avait offert une voie moyenne entre ceux qui souhaitaient faire concorder le régime de l'immunité tel qu'il était appliqué verticalement et horizontalement, et ceux qui estimaient que la Commission ne devait pas établir de limites ni d'exceptions parce que le droit international coutumier ne prévoyait pas de telles exceptions.

Nature juridique de l'immunité

Relations entre immunité et juridiction

221. Certains membres ont souligné, en renvoyant à la décision de la Cour internationale de Justice dans l'affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*[1375], que l'immunité et la juridiction, bien que liées, relevaient de régimes différents. Le fait que des instruments internationaux visant à prévenir et à réprimer certains crimes internationaux graves exigeaient des États parties qu'ils établissent leur compétence, ou mettaient à leur charge des obligations en matière d'enquête, d'arrestation, de poursuites, d'extradition et d'autres formes de coopération, était sans effet sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État en droit international coutumier. De telles immunités, ainsi que cela était noté dans l'affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, demeuraient opposables devant les tribunaux d'un État étranger, même lorsque ces tribunaux exerçaient leur compétence sur la base de ces instruments[1376].

222. En revanche, il a été observé que la quête de responsabilisation n'était pas et ne devait pas être considérée comme un mécanisme destiné à troubler la paix, à permettre une ingérence dans les affaires intérieures des États, ou à porter atteinte à la souveraineté des États ou à la volonté de leurs peuples. Au contraire, l'absence de justice et l'impunité contribuaient à créer des tensions dans les relations internationales et compromettaient les principes juridiques essentiels des relations interétatiques. Il a été dès lors affirmé qu'il fallait trouver un équilibre entre les différents intérêts légitimes en cause, en tenant compte du droit de l'État d'assurer la protection de sa souveraineté, y compris de sa population, et de l'égalité souveraine des États dans les limites du droit international.

223. Il a été de même souligné qu'il ne fallait pas sous-estimer l'incidence du Statut de Rome de la Cour pénale internationale sur le projet d'articles en cours d'élaboration. Il a été noté en particulier, par rapport à l'article 27 du Statut de Rome, que l'immunité et la responsabilité pénale individuelle étaient intrinsèquement liées, et que le fait de considérer l'immunité comme un simple obstacle d'ordre procédural, en termes absolus, détachait celle-ci de la question de la responsabilité individuelle, sans permettre une réparation effective.

Relations entre immunité et responsabilité

224. Certains membres ont rappelé que la jurisprudence, notamment celle de la Cour internationale de Justice dans les affaires du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* et des *Immunités juridictionnelles de l'État*[1377], montrait que l'immunité n'exonérait pas un représentant de l'État de toute responsabilité pénale individuelle sur le fond et n'avait pas pour but de favoriser l'impunité, vu que, dans l'affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, il existait d'autres mesures possibles pour empêcher l'impunité, sous la forme de poursuites devant les juridictions internes, de la levée de l'immunité, de poursuites après la cessation des fonctions, et de la saisine d'un système de justice pénale internationale. En conséquence, il était inexact de dire que l'impunité résultait de l'immunité, puisque la première reposait sur des considérations matérielles, impliquant des questions de responsabilité pénale individuelle, tandis que la seconde concernait des questions procédurales.

225. Cependant, d'autres membres ont approuvé l'approche adoptée par la Rapporteuse spéciale dans son cinquième rapport. Il a été noté que l'immunité *ratione personae* étant distincte de l'immunité *ratione materiae*, il était nécessaire d'avoir une position plus nuancée afin de progresser sur le sujet. L'établissement par un État de sa compétence pénale sur des personnes bénéficiant d'une immunité *ratione personae*, fondée sur leur qualité, porterait atteinte à la capacité de fonctionnement de l'État dont ces personnes sont les agents et à l'exercice de sa souveraineté, mais il n'en allait pas toujours de même de l'immunité *ratione materiae*, qui était fondée sur le comportement. Le fait que l'immunité *ratione materiae* accordée aux agents de l'État, telle qu'elle était visée dans le projet d'article 6 provisoirement adopté à la présente session, s'étendait uniquement aux actes accomplis à titre officiel par ces agents signifiait qu'il n'y avait aucune automaticité dans son application en tant qu'obstacle procédural.

[1375] *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2002*, p. 3.

[1376] Ibid., à la page 25, par. 59.

[1377] *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie; Grèce (intervenant))*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2012*, p. 99.

Relations entre immunité de l'État et immunité d'un agent de l'État

226. Certains membres ont affirmé que l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État trouvait son origine dans l'immunité de l'État, qui reposait sur le principe *par in parem non habet imperium*. Laisser penser que les normes de *jus cogens* ou les règles réprimant des crimes internationaux graves entraient en contradiction avec les droits fondamentaux des États revenait à subordonner le principe de l'égalité souveraine des États, pierre angulaire des relations interétatiques, à d'autres règles et risquait d'éroder progressivement ce principe. De plus, l'établissement d'exceptions à l'immunité était susceptible de porter atteinte au principe de non-ingérence dans les affaires intérieures des États, ouvrant la voie à l'engagement par des États de poursuites à des fins politiques contre un chef d'État ou d'autres représentants étatiques de haut rang, et conduirait à l'exercice abusif de la compétence universelle. Au lieu de contribuer à la répression des crimes et à la protection des droits de l'homme, une telle évolution risquait de compromettre la stabilité des relations internationales et la justice internationale.

227. À l'inverse, certains membres ont fait remarquer que l'évolution en matière de juridiction civile au cours du siècle dernier avait été marquée par l'abandon du concept d'immunité absolue de l'État. Par ailleurs, l'immunité souveraine (de l'État) était différente de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État. De plus, si un État était responsable pour des faits internationalement illicites, y compris pour des actes commis par ses représentants, un État en tant que tel ne pouvait commettre un crime au regard du droit de la responsabilité de l'État. La responsabilité de l'État n'était pas de nature pénale, tandis que ses représentants, compte tenu aussi des développements du siècle dernier, étaient susceptibles d'encourir une responsabilité pénale. Il convenait de ne pas perdre de vue ces distinctions lorsque l'on envisageait l'immunité des représentants de l'État, ses limites et exceptions éventuelles et le projet général de parvenir à un équilibre entre des intérêts juridiques légitimes.

Relations entre juridiction nationale et juridiction internationale

228. Il a été souligné que, pour analyser les questions soumises à l'examen dans le cinquième rapport au regard des principes contemporains du droit international, il fallait établir un équilibre entre différents intérêts, à commencer par le régime de la Charte des Nations Unies, qui consacrait certaines aspirations pour l'humanité, notamment la protection des droits de l'homme, la recherche de la justice et le respect des obligations conformes au droit international, sur la base de certains principes fondamentaux, tout particulièrement de l'égalité souveraine des États.

229. Partant de ce constat, il a été soutenu que la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales ne revêtait pas une importance secondaire par rapport à l'égalité souveraine, et que la justice n'était pas incompatible avec le respect des obligations résultant du droit international. Le rapport, tel qu'il se présentait, lu conjointement avec les rapports précédents, visait à démontrer que les principes n'étaient pas censés s'exclure mutuellement, car ils étaient complémentaires les uns des autres et il convenait de les appliquer en veillant à ce qu'aucun intérêt ne porte atteinte à un autre.

230. De plus, même si l'immunité de juridiction pénale internationale des représentants de l'État ne relevait pas du présent sujet, il fallait tenir compte de certaines considérations juridiques de principe pour réaliser un équilibre entre les intérêts en présence, notamment, d'une part, l'intérêt de la communauté internationale dans son ensemble à se protéger contre la perpétration de crimes internationaux, ainsi que contre des violations des normes de *jus cogens* et, d'autre part, l'intérêt de préserver l'intégrité des obligations de coopération entre juridictions nationales et internationales.

231. L'existence d'une relation étroite entre l'invocation de l'immunité devant les juridictions *nationales* et l'invocation de l'immunité devant les juridictions *internationales* a été affirmée, rendant nécessaire une interprétation systémique des deux cas de figure. Dans ce contexte, il a été fait référence au système de complémentarité mis en place par le Statut de Rome, dont l'efficacité ne devait pas être entravée par les règles relatives à l'immunité.

232. En revanche, il a été rappelé que la relation entre un État et une juridiction pénale internationale, comme celle de la Cour pénale internationale, était différente de la relation horizontale entre États envisagée dans le sujet à l'examen. Si, en vertu de l'article 27 du Statut de Rome qui établissait le défaut de pertinence de la qualité officielle, les représentants d'un État partie ne bénéficiaient pas d'une immunité procédurale devant la Cour pénale internationale, cette disposition ne pouvait servir à démontrer l'existence d'une exception dans le contexte de la relation horizontale entre États, qui était préservée en vertu de l'article 98 du Statut de Rome.

233. Il a été en outre rappelé par certains membres qu'un traité ne créait pas d'obligations ni de droits pour un État tiers sans le consentement de celui-ci. En conséquence, l'inapplicabilité de l'immunité convenue entre États dans le cadre de traités ne s'appliquait qu'aux États parties ou aux cas prévus par les traités en question et, si elles se présentaient dans une relation verticale avec une juridiction pénale internationale, de telles exceptions ne pourraient pas être invoquées comme preuve d'une règle coutumière dans une relation horizontale entre États.

234. Il a cependant été dit qu'au lieu de faire abstraction de la pratique des juridictions pénales internationales comme n'ayant aucun impact sur les relations horizontales, il convenait d'étudier soigneusement les développements dans le contexte de chaque affaire. Par exemple, dans certains cas, la question soumise à la juridiction interne n'était pas celle de l'immunité en droit international, mais celle de l'immunité en droit interne.

c) *Observations relatives au projet d'article 7*

235. Plusieurs membres ont appuyé la proposition de recenser les crimes auxquels l'immunité *ratione materiae* ne s'appliquait pas. Dans ce contexte, certains membres

ont appuyé l'approche méthodologique de la Rapporteuse spéciale consistant à envisager l'immunité sur la base d'une conception du droit international en tant que système normatif global pour faire en sorte que le régime de l'immunité ne nuise pas à d'autres éléments du système contemporain de droit international dans son ensemble ni ne les neutralise. De plus, des membres ont souscrit à la distinction faite par la Rapporteuse spéciale entre les actes *ultra vires* des représentants de l'État attribuables à celui-ci aux fins de la responsabilité internationale et les actes *ultra vires* à raison desquels les représentants concernés ne pouvaient invoquer l'immunité *ratione materiae*.

236. De plus, selon une opinion, la conclusion à laquelle la Cour internationale de Justice était parvenue dans l'affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, à savoir qu'il n'existait pas en droit coutumier d'exception à la règle conférant l'immunité de juridiction pénale et l'inviolabilité aux ministres des affaires étrangères en exercice soupçonnés d'avoir commis des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité[1378], devait être interprétée de manière étroite, car elle ne concernait que l'immunité *ratione personae*.

237. On a également fait observer que la pratique des États attestait que l'immunité *ratione materiae* était dénuée de pertinence lorsque l'État du for exerçait légitimement sa juridiction pénale sur son territoire. Une infraction commise dans l'État du for touchait cet État, qui avait donc un intérêt légitime à engager des poursuites. De plus, la pratique indiquait qu'il n'existait pas de règle coutumière accordant l'immunité aux représentants de l'État pour *tous* les actes accomplis à titre officiel.

238. D'autres membres n'étaient pas d'accord avec la conclusion de la Rapporteuse spéciale selon laquelle il existait une exception à l'immunité *ratione materiae* en ce qui concerne certains crimes, rappelant que le précédent Rapporteur spécial avait conclu que, hormis le cas où un État sur le territoire duquel une infraction avait été commise et où certaines conditions étaient remplies exerçait sa juridiction pénale, il n'y avait pas d'exception à l'immunité. Ces membres ont rappelé que l'immunité avait un caractère procédural et ne visait pas à résoudre la question matérielle de la légalité ou de l'illégalité d'une conduite particulière, même si tel ou tel acte était interdit par une norme du *jus cogens*. On a rappelé que, dans l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'État*, la Cour internationale de Justice avait jugé que l'immunité de l'État et les normes du *jus cogens* relevaient de catégories différentes du droit international. En conséquence, la violation d'une norme du *jus cogens* ne faisait pas obstacle à l'invocation de l'immunité de l'État. On a de plus noté qu'une différenciation en fonction de la gravité de l'infraction n'était pas défendable, car l'immunité s'appliquait de la même manière aux crimes graves et aux infractions de droit commun. L'immunité de juridiction pénale étrangère ayant un caractère préliminaire et étant accordée ou refusée *in limine litis*, il était anormal de considérer que son application dépendait d'une décision sur le point de savoir si l'infraction était grave ou avait effectivement été commise.

[1378] *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* (voir *supra* la note 1375), à la page 24, par. 58.

239. En ce qui concerne le *paragraphe 1*, certains membres ont félicité la Rapporteuse spéciale d'avoir eu le courage de proposer un projet d'article sur les limitations et exceptions, trouvant sa proposition équilibrée et dénuée d'ambiguïté ; d'autres membres l'ont cependant jugée peu convaincante.

240. En ce qui concerne l'*alinéa* a *du paragraphe 1*, des membres ont appuyé la mention spécifique du génocide, des crimes contre l'humanité, des crimes de guerre, de la torture et des disparitions forcées en tant que crimes internationaux à raison desquels l'immunité ne pouvait être invoquée. La mention expresse de la « torture » et des « disparitions forcées », bien qu'il s'agisse de crimes contre l'humanité, a été jugée utile. La mention du crime d'apartheid, figurant dans le rapport parmi les autres crimes visés dans la proposition, a également été approuvée.

241. Certains membres ont jugé que les raisons avancées par la Rapporteuse spéciale pour exclure le crime d'agression de la liste n'étaient pas convaincantes, estimant qu'il serait irréfléchi pour la Commission de ne pas faire figurer ce crime parmi les exceptions à l'immunité dans le projet d'article 7. Ils auraient préféré qu'il y figure, car certains États ayant ratifié les amendements de Kampala au Statut de Rome[1379], incriminant l'agression, étaient déjà en train de se doter d'une législation d'application. De plus, le crime d'agression, qui était considéré comme la forme la plus grave et la plus dangereuse de l'emploi illicite de la force, était commis par des représentants de l'État agissant à titre officiel.

242. D'autres membres ont toutefois approuvé l'omission du crime d'agression, l'estimant étroitement lié aux actes de l'État agresseur et dépendant de ces actes, ce qui avait des implications pour la souveraineté et l'immunité des États. Ils ont aussi relevé que les amendements de Kampala relatifs à la définition du crime d'agression n'étaient pas encore entrés en vigueur.

243. S'agissant des « crimes liés à la corruption », visés à l'*alinéa* b *du paragraphe 1*, certains membres ont appuyé leur inclusion mais d'autres ont exprimé des réserves, estimant que les crimes entrant dans cette catégorie n'étaient pas de même nature que les crimes internationaux graves. On a estimé qu'il fallait d'abord, pour décider si des actes de corruption constituaient des exceptions à l'immunité, déterminer si ces actes étaient « des actes accomplis à titre officiel » et on a dit douter que ces actes relèvent en tant que tels de l'immunité *ratione materiae*. On a aussi souligné l'absence de pratique indiquant que l'immunité *ratione materiae* ne s'appliquait pas aux actes de corruption.

244. Des réserves ont été exprimées au sujet des crimes visés à l'*alinéa* c, et des membres ont estimé que l'expression « exception territoriale » n'était pas très heureuse s'agissant de situations touchant la juridiction pénale. Bien que cette exception fût pertinente en ce qui concerne les immunités juridictionnelles de l'État, la pratique étatique justifiant son inclusion aux fins de l'immunité de

[1379] Voir Cour pénale internationale, *Documents officiels de la Conférence de révision du Statut de Rome de la Cour pénale internationale, Kampala, 31 mai-11 juin 2010*, publication RC/9/11, résolution 6 « Le crime d'agression » (RC/Res.6).

juridiction pénale étrangère des représentants de l'État était limitée. On a aussi fait observer que cet alinéa était rédigé en des termes absolus et risquait donc d'englober tous les types d'activités menées par des représentants de l'État dans l'État du for, y compris, éventuellement, les actes des forces militaires de l'État. Des membres ont toutefois jugé intéressant d'examiner cette proposition. D'autres ont dit qu'ils n'acceptaient que l'exception plus limitée envisagée par le précédent Rapporteur spécial dans son deuxième rapport[1380].

245. Plusieurs membres ont appuyé le libellé du *paragraphe 2*, estimant que la proposition qu'il énonçait n'était pas controversée et reflétait la pratique des États. Des réserves ont toutefois été exprimées, car il a été perçu comme une « exception aux limitations et aux exceptions » du paragraphe 1, et on a proposé de le supprimer. On a dit que le texte éventuellement adopté devrait être conforme à l'article 27 du Statut de Rome, et qu'il fallait établir un lien clair entre le projet d'article 7 et les projets d'articles 4 et 6 déjà provisoirement adoptés. On a en outre proposé de revenir sur la limitation du champ d'application de l'immunité *ratione personae* prévue au projet d'article 4 provisoirement adopté par la Commission.

246. Certains membres ont estimé que la clause « sans préjudice » reflétant l'obligation de coopérer découlant d'autres régimes prévue au *paragraphe 3* était acceptable.

d) *Travaux futurs*

247. En ce qui concerne les travaux futurs, on a insisté sur le lien entre les limitations et exceptions et les aspects procéduraux de l'immunité. À cet égard, plusieurs membres ont souligné, en ce qui concerne les garanties procédurales, qu'il importerait de tenir compte, l'année suivante, de la nécessité de prévenir les procédures politiquement motivées ou l'exercice illégitime de la juridiction.

248. À sa prochaine session, en 2017, la Commission poursuivra et achèvera le débat sur le cinquième rapport.

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

1. Texte des projets d'article

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

IMMUNITÉ DE JURIDICTION PÉNALE ÉTRANGÈRE DES REPRÉSENTANTS DE L'ÉTAT

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 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.

Article 2. Définitions

Aux fins du présent projet d'articles :

[…]

***e*) on entend par « représentant de l'État » tout individu qui représente l'État ou qui exerce des fonctions étatiques ;**

***f*) « Acte accompli à titre officiel » s'entend de tout acte accompli par un représentant de l'État dans l'exercice de l'autorité étatique.**

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*.

Troisième partie

IMMUNITÉ *RATIONE MATERIAE*

Article 5. Bénéficiaires de l'immunité ratione materiae

Les représentants de l'État agissant à ce titre bénéficient de l'immunité *ratione materiae* à l'égard de l'exercice de la juridiction pénale étrangère.

Article 6. Portée de l'immunité ratione materiae

1. Les représentants de l'État bénéficient de l'immunité *ratione materiae* uniquement en ce qui concerne les actes accomplis à titre officiel.

2. L'immunité *ratione materiae* en ce qui concerne les actes accomplis à titre officiel subsiste après que les individus concernés ont cessé d'être des représentants de l'État.

3. Les individus ayant bénéficié de l'immunité *ratione personae* conformément au projet d'article 4, dont le mandat a pris fin, continuent de bénéficier de l'immunité en ce qui concerne les actes accomplis à titre officiel au cours dudit mandat.

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

250. Le texte des projets d'article et des commentaires y relatifs provisoirement adoptés par la Commission à sa soixante-huitième session est reproduit ci-après.

[1380] A/CN.4/631 (voir *supra* la note 1372).

IMMUNITÉ DE JURIDICTION PÉNALE ÉTRANGÈRE DES REPRÉSENTANTS DE L'ÉTAT

Article 2. Définitions

Aux fins du présent projet d'articles :

[…]

***f*) «Acte accompli à titre officiel» s'entend de tout acte accompli par un représentant de l'État dans l'exercice de l'autorité étatique.**

Commentaire

1) Le projet d'article 2 *f* définit la notion d'«acte accompli à titre officiel» aux fins du projet d'articles à l'examen. Malgré les doutes exprimés par certains de ses membres quant à l'utilité d'une telle disposition, la Commission a jugé bon d'inclure cette définition dans le projet d'articles compte tenu de l'importance fondamentale de la notion d'«acte accompli à titre officiel» à l'égard de l'immunité *ratione materiae*.

2) Dans la définition donnée au projet d'article 2 *f*, la Commission a énoncé les éléments permettant de déterminer qu'un acte a été «accompli à titre officiel» aux fins de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État. Ce faisant, elle s'est largement inspirée de ses précédents travaux sur le sujet. Ainsi, la définition contient le terme «acte», qui figure également dans les projets d'articles 4 et 6. Comme on l'a vu, ce terme a précédemment été employé par la Commission pour désigner les comportements consistant tant en des actions qu'en des omissions. C'est également le terme habituellement retenu en droit pénal international pour désigner les comportements individuels[1381].

3) En employant l'expression «dans l'exercice de l'autorité étatique», la Commission a souhaité exprimer le fait qu'un lien doit unir l'acte à l'État. En d'autres termes, elle a voulu souligner qu'il ne suffit pas qu'un acte ait été accompli par un représentant de l'État pour qu'il soit considéré comme ayant été «accompli à titre officiel». Pour qu'il soit considéré comme tel, il faut aussi que l'acte en question ait un lien direct avec l'exercice de fonctions et de prérogatives de l'État, car c'est ce lien même qui justifie la reconnaissance de l'immunité aux fins du respect du principe de l'égalité souveraine des États.

4) La Commission estime ainsi que, pour qu'un acte soit considéré comme un «acte accompli à titre officiel», il faut avant tout qu'il soit attribuable à l'État. Toutefois, cela ne signifie pas nécessairement que seul l'État peut en être tenu responsable. De fait, si l'acte doit nécessairement être attribué à l'État pour pouvoir être qualifié d'acte accompli à titre officiel, rien n'empêche de l'attribuer aussi à une personne, conformément au principe «un acte, deux responsabilités» (double attribution) reconnu par la Commission dans le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité de 1996) (art. 4)[1382], les articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite (art. 58)[1383] et les articles sur la responsabilité des organisations internationales (art. 66)[1384]. Selon ce principe, un même acte peut engager aussi bien la responsabilité de l'État que celle, individuelle, de l'auteur, en particulier en matière pénale.

5) Aux fins de l'attribution d'un acte à l'État, on s'appuiera sur les règles énoncées dans les articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite adoptés par la Commission à sa cinquante-troisième session. Il convient cependant de garder à l'esprit le fait que ces règles ont été établies par la Commission dans le contexte et aux fins de l'établissement de la responsabilité de l'État. On fera donc preuve de prudence avant de décider s'il y a lieu de les appliquer aux fins de l'attribution d'un acte d'un représentant à un État dans le contexte de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État. Ainsi, on ne saurait considérer que les critères d'attribution énoncés aux articles 7, 8, 9, 10 et 11 sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite sont nécessairement pertinents aux fins de l'immunité. La Commission estime notamment qu'en principe les actes accomplis par un représentant de l'État exclusivement à son bénéfice ou dans son intérêt ne sauraient être considérés comme des actes accomplis à titre officiel, même s'ils en revêtent l'apparence. En effet, étant donné qu'on ne peut conclure qu'ils ont servi un intérêt propre de l'État, pareils actes ne justifient pas la reconnaissance de l'immunité, dont l'objectif fondamental est de protéger le principe de l'égalité souveraine des États[1385]. Cela ne signifie pas pour autant que l'immunité *ratione materiae* ne peut pas jouer à l'égard d'un acte illicite en tant que tel. Plusieurs tribunaux ont jugé que la seule illicéité d'un acte n'entraînait pas la perte de l'immunité[1386], et ce, même si l'acte en

---

[1381] Voir le paragraphe 5 du commentaire du projet d'article 4 provisoirement adopté par la Commission à sa soixante-cinquième session, *Annuaire… 2013*, vol. II (2e partie), p. 52 et suiv.

[1382] *Annuaire… 1996*, vol. II (2e partie), p. 23 et suiv.

[1383] *Annuaire… 2001*, vol. II (2e partie) et rectificatif, p. 153. On trouvera le texte des articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite adoptés par la Commission à sa cinquante-troisième session dans l'annexe à la résolution 56/83 de l'Assemblée générale, en date du 12 décembre 2001.

[1384] *Annuaire… 2011*, vol. II (2e partie), p. 106. On trouvera le texte des articles sur la responsabilité des organisations internationales adoptés par la Commission à sa soixante-troisième session dans la résolution 66/100 de l'Assemblée générale, en date du 9 décembre 2011.

[1385] Un tribunal des États-Unis d'Amérique a clairement justifié l'exclusion des actes *ultra vires* de la manière suivante : «Lorsqu'un représentant de l'État accomplit un acte outrepassant les pouvoirs qui lui sont conférés par la loi, cet acte doit être considéré comme un acte personnel et non comme un acte relevant de la souveraineté de l'État. Le représentant ne s'acquitte pas des tâches qui lui ont été confiées par l'État.» Selon ce tribunal, «la loi sur l'immunité souveraine étrangère n'a pas pour effet d'étendre l'immunité au comportement illicite des représentants de l'État» et, par conséquent, «un représentant de l'État agissant sous l'apparence de l'autorité mais non en vertu d'un mandat officiel peut enfreindre le droit international et ne pas avoir droit à l'immunité prévue par cette loi» [cour d'appel des États-Unis pour le neuvième circuit, *Estate of Ferdinand Marcos Human Rights Litigation; Hilao and Others v. Estate of Marcos*, arrêt du 16 juin 1994, 25 F.3d 1467, *International Law Reports*, vol. 104 (1997), p. 119 et suiv., aux pages 123 et 125]. Dans le même ordre d'idées, un autre tribunal a conclu que les actes *ultra vires* ne pouvaient déclencher l'immunité souveraine parce que leurs auteurs avaient outrepassé leurs pouvoirs en portant atteinte aux droits de l'homme des requérants et que, lorsque les fonctionnaires accomplissaient des actes non officiellement autorisés par l'État, ils n'agissaient pas «à titre officiel dans les limites de leurs pouvoirs» et ne pouvaient donc pas bénéficier de l'immunité (tribunal de district des États-Unis pour le nord de la Californie, *Jane Doe I* et al. *v. Liu Qi* et al.*; Plaintiff A* et al. *v. Xia Deren*, et al., C 02-0672 CW, C 02-0695 CW).

[1386] Cour d'appel de l'Ontario (Canada), *Jaffe v. Miller and Others*, arrêt du 17 juin 1993, *International Law Reports*, vol. 95 (1994),

question était contraire au droit international[1387]. La question de savoir si les actes *ultra vires* peuvent ou non être considérés comme des actes accomplis à titre officiel aux fins de l'immunité de juridiction pénale étrangère sera examinée ultérieurement, dans le cadre de l'examen des limitations et des exceptions à l'immunité.

6) Pour pouvoir considérer qu'un acte a été « accompli à titre officiel », il faut en outre qu'il existe un lien particulier entre cet acte et l'État. Ce lien est exprimé au projet d'article 2 *f* par la formule « autorité étatique », dont la Commission a estimé que le sens était suffisamment large pour désigner de manière générale les actes accomplis par les représentants de l'État dans l'exercice de leurs fonctions et dans l'intérêt de l'État, et qui doit être entendue comme recouvrant les fonctions énoncées au projet d'article 2 *e*, dans lequel il est fait référence aux personnes qui « représente[nt] l'État ou qui exerce[nt] des fonctions étatiques ».

7) Cette formule a été préférée à celle qui avait initialement été proposée (« dans l'exercice de prérogatives de puissance publique »), ainsi qu'à d'autres successivement envisagées par la Commission, notamment « autorité gouvernementale » (en anglais, *governmental authority*) et « autorité souveraine ». En effet, si toutes ces expressions traduisent bien le fait qu'il doit exister un lien particulier entre l'acte et l'État, elles présentent l'inconvénient de pouvoir être interprétées comme se référant exclusivement à un type d'activité étatique (à savoir l'activité du gouvernement ou de l'exécutif), voire de nécessiter la définition des prérogatives de puissance publique et de la souveraineté, définition dont l'établissement serait extrêmement difficile et ne relève pas du mandat de la Commission. Il a aussi été jugé préférable de ne pas reprendre l'expression « fonctions étatiques » retenue au projet d'article 2 *e* afin d'éviter toute confusion entre les définitions figurant aux alinéas *e* et *f* du projet d'article. On retiendra à ce propos que la formule « fonctions étatiques » employée au projet d'article 2 *e* en relation avec le « représentant de l'État » vise à définir le lien entre le représentant et l'État de manière neutre, et ne préjuge aucunement du type d'actes couverts par l'immunité[1388]. De surcroît, employer « autorité » plutôt que « fonctions » évite d'avoir à examiner la question de savoir si les crimes internationaux peuvent ou non procéder de l'exercice des « fonctions étatiques ». Un membre de la Commission a toutefois estimé qu'il aurait été plus judicieux de conserver l'expression « fonctions étatiques ».

8) La Commission n'a pas jugé approprié de préciser que l'« acte accompli à titre officiel » devait avoir un caractère pénal. Elle a ainsi voulu éviter de porter à croire que tout acte accompli à titre officiel était, par définition, un acte à caractère pénal. En tout état de cause, la notion d'« acte accompli à titre officiel » doit être entendue dans le contexte du présent projet d'articles, qui est consacré à l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État.

9) Enfin, si le projet d'article 2 *f*) est consacré à la définition de l'« acte accompli à titre officiel », la Commission a néanmoins jugé nécessaire d'y faire expressément référence à l'auteur de l'acte, à savoir le représentant de l'État. Cette référence permet d'appeler l'attention sur le fait que seul un représentant de l'État peut accomplir un acte à titre officiel et, donc, qu'il doit exister un lien entre l'auteur de l'acte et l'État. En outre, elle crée une continuité logique avec l'expression « représentant de l'État », définie au projet d'article 2 *e*.

10) La Commission est d'avis qu'il est impossible de dresser une liste exhaustive des actes accomplis à titre officiel. C'est au cas par cas qu'il faut déterminer si un acte peut ou non être considéré comme tel, compte tenu des critères définis précédemment, à savoir que l'acte doit avoir été accompli par un représentant de l'État et « dans l'exercice de l'autorité étatique », et pouvoir, de manière générale, être attribué à l'État. Se dégagent toutefois de la jurisprudence des exemples d'actes, ou de catégories d'actes, pouvant être considérés comme ayant été accomplis à titre officiel, indépendamment de la terminologie employée par les tribunaux pour les qualifier. Ces exemples peuvent aider le juge et les autres magistrats nationaux à déterminer si un acte a été accompli à titre officiel ou non.

11) De manière générale, les juridictions internes ont considéré qu'entraient dans la catégorie des actes accomplis à titre officiel les actes suivants : les activités militaires ou liées aux forces armées[1389] ; les actes liés à l'exercice des pouvoirs de police[1390] ; les actes liés à la diplomatie et à la politique étrangère[1391] ; les actes législatifs (y compris

p. 446 ; Cour suprême des États-Unis, *Argentine Republic v. Amerada Hess Shipping Corporation and Others*, 23 janvier 1989, *International Law Reports*, vol. 81 (1990), p. 658 ; et Cour suprême d'Irlande, *McElhinney v. Williams and Her Majesty's Secretary of State for Northern Ireland*, 15 décembre 1995, *International Law Reports*, vol. 104 (1997), p. 691.

[1387] Chambre des lords du Royaume-Uni, *Iº Congreso del Partido*, 16 juillet 1981, [1983] A.C. 244, *International Law Reports*, vol. 64 (1983), p. 307. Dans l'opinion rendue dans l'affaire *Jones v. Saudi Arabia* (Chambre des lords du Royaume-Uni, 14 juin 2006, [2006] UKHL 26), Lord Hoffmann a rejeté l'argument selon lequel un acte contraire au *jus cogens* ne pouvait être un acte officiel [voir *International Law Reports*, vol. 129 (2007), p. 744].

[1388] Voir le paragraphe 11 du commentaire du projet d'article 2 *e* provisoirement adopté par la Commission à sa soixante-sixième session, *Annuaire… 2014*, vol. II (2e partie), p. 154. Dans ce contexte, la Commission a dit que les fonctions étatiques « recouvrent les fonctions législatives, judiciaires, exécutives ou autres qui sont propres à l'État » (ibid.).

[1389] Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne, *Empire of Iran*, 30 avril 1963, *International Law Reports*, vol. 45 (1972), p. 57 ; cour d'appel des États-Unis pour le deuxième circuit, *Victory Transport Inc. v. Comisaría General de Abastecimientos y Transportes*, arrêt du 9 septembre 1964, US 336 F.2d 354, *International Law Reports*, vol. 35 (1967), p. 110 ; tribunal de district des États-Unis pour le district de Columbia, *Saltany and Others v. Reagan and Others*, jugement du 23 décembre 1988, *International Law Reports*, vol. 80 (1989), p. 19 ; Chambre des lords du Royaume-Uni, *Holland v. Lampen-Wolfe*, [2000] 1 WLR 1573 ; et Cour de cassation d'Italie, *Lozano v. Italy*, affaire nº 31171/2008, arrêt du 24 juillet 2008 (disponible à l'adresse suivante : http://opil.ouplaw.com [ILDC 1085 (IT 2008)]).

[1390] *Empire of Iran* (voir *supra* la note 1389) ; Cour fédérale de justice d'Allemagne, *Église de scientologie*, affaire VI ZR 267/76, arrêt du 26 septembre 1978, *International Law Reports*, vol. 65 (1984), p. 193 ; Cour suprême des États-Unis, *Saudi Arabia and Others v. Nelson*, *International Law Reports*, vol. 100 (1995), p. 544 ; Cour d'appel d'Angleterre et du Pays de Galles, *Propend Finance Pty Limited and Others v. Sing and Others*, *International Law Reports*, vol. 111 (1999), p. 611 ; Cour suprême d'Irlande, *Norbert Schmidt v. The Home Secretary of the Government of the United Kingdom, The Commissioner of the Metropolitan Police and David Jones*, arrêt du 24 avril 1997, [1997] 2IR 121 ; et tribunal de district des États-Unis pour le sud de la Floride, *First Merchants Collection Corp. v. Republic of Argentina*, 31 janvier 2002, 190 F. Supp. 2d 1336.

[1391] *Empire of Iran* (voir *supra* la note 1389) ; *Victory Transport Inc. v. Comisaría General de Abastecimientos y Transportes* (voir *supra* la note 1389).

les nationalisations)[1392]; les actes d'administration de la justice[1393]; certains types d'actes administratifs (par exemple, l'expulsion d'un étranger ou l'attribution du pavillon à un navire)[1394]; les prêts publics[1395]; et certains actes de nature politique[1396].

12) De plus, l'immunité des représentants de l'État a été invoquée devant des juridictions pénales à l'égard des actes suivants qui auraient été accomplis à titre officiel: torture, extermination, génocide, exécutions extrajudiciaires, disparitions forcées, grossesses forcées, déportation, privation du statut de prisonnier de guerre, réduction en esclavage et travail forcé, et actes de terrorisme[1397]. Si ces crimes sont parfois mentionnés *eo nomine*, il arrive aussi que la juridiction compétente se réfère de manière générale aux crimes contre l'humanité, aux crimes de guerre et aux violations graves et systématiques des droits de l'homme[1398]. Des juridictions internes ont en outre eu à connaître d'autres actes, commis par des membres de forces armées ou de services de sécurité, que l'on ne saurait classer dans les catégories susmentionnées, tels que les mauvais traitements, les sévices, la détention illicite, l'enlèvement, l'entrave à l'administration de la justice ainsi que des actes liés au maintien de l'ordre public et à l'application de la loi[1399].

13) *A contrario*, dans un certain nombre d'affaires, les juridictions internes ont conclu que l'acte en cause n'entrait pas dans l'exercice des fonctions officielles ou des fonctions étatiques et ne pouvait donc pas être considéré comme un acte accompli à titre officiel. Ainsi, les juridictions internes ont conclu que ni l'assassinat d'un opposant politique[1400] ni les agissements liés au trafic de stupéfiants ne constituaient des actes officiels[1401]. Pareillement, et en général, les juridictions internes ont rejeté la demande d'immunité dans des affaires de corruption, sous forme de détournement et d'appropriation de fonds publics, sous forme de blanchiment de capitaux ou sous toute autre forme, au motif que de tels actes «sont détachables de l'exercice des fonctions étatiques protégées par la coutume internationale au nom des principes de souveraineté et d'immunité diplomatique[1402]» et qu'ils «ne participent pas de par leur nature à l'exercice de la souveraineté, ni de ceux de la puissance publique, ni de l'intérêt général[1403]». Dans la même logique, les juridictions internes n'ont pas jugé couverts par l'immunité les actes accomplis par un représentant de l'État qui sont étroitement liés à une activité privée et ont pour fin l'enrichissement personnel du représentant et non celui de l'État souverain[1404]. Le rappel

[1392] *Empire of Iran* (voir *supra* la note 1389); *Victory Transport Inc. v. Comisaría General de Abastecimientos y Transportes* (voir *supra* la note 1389).

[1393] *Empire of Iran* (voir *supra* la note 1389); Cour de cassation de France, affaire nº 12-81.676, arrêt du 19 mars 2013, chambre criminelle; et Cour de cassation de France, affaire nº 13-80.158, arrêt du 17 juin 2014, chambre criminelle (voir www.legifrance.gouv.fr). Les tribunaux suisses se sont prononcés dans le même sens dans l'affaire ATF 130 III 136, concernant un mandat d'arrêt international délivré par un juge espagnol.

[1394] *Victory Transport Inc. v. Comisaría General de Abastecimientos y Transportes* (voir *supra* la note 1389); tribunal de district des États-Unis pour le sud de New York, *Kline and Others v. Kaneko and Others*, 685 F. Supp. 386, *International Law Reports*, vol. 101 (1996), p. 497; et Cour de cassation de France, *Agent judiciaire du Trésor c. Malta Maritime Authority*, affaire nº 04-84.265, arrêt du 23 novembre 2004, chambre criminelle, *Bulletin criminel 2004*, nº 292, p. 1096.

[1395] *Victory Transport Inc. v. Comisaría General de Abastecimientos y Transportes* (voir *supra* la note 1389).

[1396] Tribunal de district des États-Unis pour le district de Columbia, *John Doe I* et al. *v. State of Israel* et al., 400 F. Supp. 2d 86 (établissement de colonies israéliennes dans les territoires occupés); et tribunal de district des États-Unis pour le district de Columbia, *Youming Jin* et al. *v. Ministry of State Security* et al., 557 F. Supp. 2d 131 (recours à des assassins pour menacer les membres d'un groupe religieux).

[1397] Cour spéciale de cassation des Pays-Bas, *Rauter*, arrêt du 12 janvier 1949, *International Law Reports*, vol. 16 (1955), p. 526 (crimes commis par les forces d'occupation allemandes au Danemark); tribunal de district de Jérusalem, *Attorney-General of the Government of Israel v. Adolf Eichmann*, affaire nº 40/61, jugement du 12 décembre 1961, et Cour suprême d'Israël, arrêt du 29 mai 1962, *International Law Reports*, vol. 36 (1961), p. 18 et 277 (crimes commis durant la Seconde Guerre mondiale, notamment crimes de guerre, crimes contre l'humanité et génocide); Cour de cassation d'Italie, *Arafat e Salah*, arrêt du 28 juin 1985, *Rivista di diritto internazionale*, vol. 69, nº 4 (1986), p. 884 (vente d'armes et collaboration avec les Brigades rouges en relation avec des actes de terrorisme); Haute Cour de Nouvelle-Zélande, *R. v. Mafart and Prieur/Rainbow Warrior (New Zealand v. France)*, 22 novembre 1985, *International Law Reports*, vol. 74 (1987), p. 241 (attentat à l'explosif commis par des membres des forces armées et des services de sécurité français contre le *Rainbow Warrior*, ayant causé la perte du navire et la mort de plusieurs personnes, et qualifié d'acte terroriste); Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne, *Ancien ambassadeur syrien en République démocratique allemande*, 2 BvR 1516/96, arrêt du 10 juin 1997, *International Law Reports*, vol. 115 (1999), p. 595 (poursuites contre un ancien ambassadeur présumé avoir stocké dans les locaux diplomatiques des armes utilisées ultérieurement pour commettre des actes terroristes); cour d'appel d'Amsterdam, *Bouterse*, R 97/163/12 Sv et R 97/176/12 Sv, 20 novembre 2000, *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 32 (2001), p. 266 à 282 (torture et crimes contre l'humanité); cour d'appel de Paris, *Khadafi*, arrêt du 20 octobre 2000, et Cour de cassation de France, arrêt du 13 mars 2001, *Revue générale de droit international public*, vol. 105 (2001), p. 473 et 475 (ordre de faire exploser un avion, ayant causé la mort de 170 personnes, considéré comme un acte de terrorisme); cour d'appel de Dakar, *Habré*, arrêt du 4 juillet 2000, et Cour de cassation du Sénégal, arrêt du 20 mars 2001, *International Law Reports*, vol. 125 (2004), p. 571 et 577 (actes de torture et crimes contre l'humanité); cour d'appel de Bruxelles, *Sharon et Yaron*, arrêt du 26 juin 2002, *International Law Reports*, vol. 127 (2005), p. 110 (crimes de guerre, crimes contre l'humanité et génocide); et Tribunal pénal fédéral suisse, *A. c. ministère public de la Confédération*, arrêt BB.2011.140 du 25 juillet 2012 (torture et autres crimes contre l'humanité).

[1398] Cour d'appel des États-Unis pour le septième circuit, *Ye v. Zemin*, arrêt du 8 septembre 2004, 383 F.3d 620 (à la différence des affaires citées dans la note 1397 *supra* et la note 1399 *infra*, il s'agissait d'un recours civil).

[1399] Cour fédérale de justice d'Allemagne, *Border Guards Prosecution*, affaire nº 5 StR 370/92, arrêt du 3 novembre 1992, *International Law Reports*, vol. 100 (1995), p. 364 (décès d'un jeune Allemand touché par les tirs des gardes-frontières de la République démocratique allemande alors qu'il tentait de franchir le mur de Berlin); *Norbert Schmidt v. The Home Secretary of the Government of the United Kingdom, The Commissioner of the Metropolitan Police and David Jones* [voir *supra* la note 1390] (irrégularité dans la détention du requérant par des représentants de l'État); et Haute Cour d'Angleterre et du Pays de Galles, *Khurts Bat v. Investigating Judge of the German Federal Court*, [2011] EWHC 2029 (Admin), *International Law Reports*, vol. 147 (2012), p. 633 (enlèvement et détention illégale).

[1400] Cour d'appel des États-Unis pour le deuxième circuit, *Letelier and Others v. The Republic of Chile and Linea Aerea Nacional-Chile*, arrêt du 20 novembre 1984, 748 F.2d 790, *International Law Reports*, vol. 79 (1989), p. 561.

[1401] Cour d'appel des États-Unis pour le onzième circuit, *United States of America v. Noriega*, arrêt du 7 juillet 1997, *International Law Reports*, vol. 121 (2002), p. 591.

[1402] Cour d'appel de Paris, *Teodoro Nguema Obiang Mangue et autres*, arrêt du 13 juin 2013, pôle 7, deuxième chambre de l'instruction.

[1403] Cour d'appel de Paris, *Teodoro Nguema Obiang Mangue et autres*, demande d'annulation de la décision du 16 avril 2015, pôle 7, deuxième chambre de l'instruction.

[1404] *United States of America v. Noriega* (voir *supra* la note 1401); tribunal de district des États-Unis pour le district de Columbia, *Jungquist v. Sheikh Sultan Bin Khalifa al Nahyan*, jugement du 20 septembre 1996, *International Law Reports*, vol. 113 (1999), p. 522; *Mellerio c. Isabel de Bourbon, Recueil général des lois et des arrêts 1872*,

à titre factuel de ces différents exemples est sans préjudice de la position que la Commission adoptera sur la question des exceptions aux immunités.

14) En relation avec les exemples d'actes pouvant être accomplis à titre officiel, il convient de porter une attention spéciale à la manière dont les juridictions internes ont traité les affaires relatives à des crimes internationaux, en particulier la torture. Dans certaines affaires, ces actes ont été considérés comme ayant été accomplis à titre officiel (bien qu'illégaux et aberrants)[1405], tandis que, dans d'autres, ils ont été qualifiés d'actes *ultra vires* ou d'actes ne correspondant pas à la nature intrinsèque des fonctions de l'État[1406], si bien qu'ils devraient être exclus de la catégorie des actes définis dans le présent paragraphe. En outre, il faut appeler l'attention sur le fait que les crimes internationaux ont fait l'objet d'un traitement distinct aussi bien dans des affaires où les juridictions internes ont reconnu l'immunité que dans des affaires où elles ont estimé que l'immunité ne s'appliquait pas.

15) En tout état de cause, il convient de noter que la définition de l'« acte accompli à titre officiel » qui figure au projet d'article 2 *f* renvoie aux éléments distinctifs de cette catégorie d'actes sans préjudice de la question des limitations et des exceptions à l'immunité, qui sera traitée ailleurs dans le présent projet d'articles.

Article 6. Portée de l'immunité ratione materiae

1. Les représentants de l'État bénéficient de l'immunité *ratione materiae* uniquement en ce qui concerne les actes accomplis à titre officiel.

2. L'immunité *ratione materiae* en ce qui concerne les actes accomplis à titre officiel subsiste après que les individus concernés ont cessé d'être des représentants de l'État.

3. Les individus ayant bénéficié de l'immunité *ratione personae* conformément au projet d'article 4, dont le mandat a pris fin, continuent de bénéficier de l'immunité en ce qui concerne les actes accomplis à titre officiel au cours dudit mandat.

Commentaire

1) Le projet d'article 6 est consacré à la définition de la portée de l'immunité *ratione materiae*, incluant l'élément matériel et l'élément temporel de ce type d'immunité de la juridiction pénale étrangère des représentants de l'État. Ce projet complète le projet d'article 5, qui porte sur les bénéficiaires de l'immunité *ratione materiae*. Les deux projets d'article définissent les règles générales applicables à cette catégorie d'immunité.

2) Le contenu du projet d'article 6 est parallèle à celui retenu par la Commission pour le projet d'article 4, relatif à la portée de l'immunité *ratione personae*. Dans le projet d'article 6, l'ordre des deux premiers paragraphes a été interverti de manière à faire référence d'abord à l'élément matériel (actes qui restent couverts par l'immunité), puis à l'élément temporel (durée de l'immunité). Il s'agit de mettre ainsi l'accent sur l'élément matériel et la dimension fonctionnelle de l'immunité *ratione materiae*, étant donné que les actes accomplis à titre officiel sont au cœur de cette catégorie de l'immunité. Cela étant, il convient de tenir compte du fait que la portée de cette immunité doit se comprendre en se fondant sur une lecture conjointe et cumulative des disposions relatives à l'élément matériel (paragraphe 1) et à l'élément temporel (paragraphe 2). En outre, le projet d'article 6 contient un paragraphe sur les liens existant entre l'immunité *ratione materiae* et l'immunité *ratione personae*, à l'instar de ce qui a été fait dans le projet d'article 4, qu'il vient compléter.

3) Le paragraphe 1 a pour objet de souligner que l'immunité *ratione materiae* ne concerne que les actes accomplis à titre officiel, tels qu'ils sont définis dans le projet d'article 2 *f*[1407]. Les actes accomplis à titre privé n'entrent donc pas dans le champ de cette catégorie d'immunité, ce en quoi elle se distingue de l'immunité *ratione personae* – qui couvre ces deux catégories d'actes.

4) Ce paragraphe a pour objet d'insister sur l'élément matériel de l'immunité *ratione materiae*, mais la Commission a décidé d'y inclure une référence aux représentants

p. 293; tribunal civil de la Seine (France), *Seyyid Ali Ben Hamond, prince Raschid, c. Wiercinski*, jugement du 25 juillet 1916, *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*, arrêt du 11 avril 1957, *Journal du droit international*, vol. 84, nº 1 (1957), p. 716 à 718; cour d'appel de Paris, *Ali Ali Reza c. consorts Grimpel*, arrêt du 28 avril 1961, *Revue générale de droit international public*, vol. 66, nº 2 (1962), p. 418; cour d'appel des États-Unis pour le neuvième circuit, *Estate of Ferdinand E. Marcos Human Rights Litigation Trajano v. Marcos and Another*, arrêt du 21 octobre 1992, 978 F.2d 493, *International Law Reports*, vol. 103 (1996), p. 521; *Doe v. Zedillo Ponce de León*; cour d'appel des États-Unis pour le cinquième circuit, *Jimenez v. Aristeguieta* et al., arrêt du 12 décembre 1962, 311 F.2d 547, *International Law Reports*, vol. 33 (1969), p. 353; tribunal de district des États-Unis pour le sud de la Floride, *Jean-Juste v. Duvalier*, nº 86-0459 Civ., 8 janvier 1988, *American Journal of International Law*, vol. 82, nº 3 (1988), p. 594; Tribunal fédéral suisse, *Evgeny Adamov c. Office fédéral de la justice*, ATF 132 II 81, décision du 22 décembre 2005 [1A 288/2005] (disponible à l'adresse suivante: http://opil.ouplaw.com [ILDC 339 (CH 2005)]); cour d'appel des États-Unis pour le deuxième circuit, *Republic of the Philippines v. Marcos and Others*, arrêt du 26 novembre 1986, *International Law Reports*, vol. 81 (1990), p. 581; cour d'appel des États-Unis pour le neuvième circuit, *Republic of the Philippines v. Marcos and Others* (nº 2), arrêts du 4 juin 1987 et du 1er décembre 1988, *International Law Reports*, vol. 81 (1990), p. 608; et Cour d'appel d'Angleterre et du Pays de Galles, *Republic of Haiti and Others v. Duvalier and Others*, [1990] 1 QB 2002, *International Law Reports*, vol. 107 (1998), p. 491.

[1405] Chambre des lords du Royaume-Uni, *Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, ex parte Pinochet Ugarte* (nº 3), 24 mars 1999, [1999] UKHL 17, [2000] 1 AC 147. Seul Lord Goff a estimé qu'il s'agissait d'actes officiels qui restaient couverts par l'immunité. Lord Browne-Wilkinson et Lord Hutton ont estimé que la torture ne pouvait être « une fonction publique » ou « une fonction gouvernementale ». En revanche, Lord Goff, qui a voté contre l'arrêt, a conclu qu'il s'agissait d'une « fonction gouvernementale ». Ont également exprimé une position semblable Lord Hope (acte criminel mais gouvernemental), Lord Saville (qui a parlé de « torture officielle »), Lord Millett (« actes publics et officiels ») et Lord Phillips (acte criminel et officiel). Voir aussi *Jones v. Saudi Arabia* (note 1387 *supra*) et Haute Cour d'Angleterre et du Pays de Galles, *FF v. Director of Public Prosecutions* (affaire *Prince Nasser*), arrêt du 7 octobre 2014, [2014] EWHC 3419 (Admin).

[1406] Tribunal de première instance de Bruxelles, *Pinochet*, ordonnance du 6 novembre 1998, *International Law Reports*, vol. 119 (2002), p. 345; *Bouterse* (voir *supra* la note 1397); et tribunal de première instance de Livadia (Grèce), *Prefecture of Voiotia v. Federal Republic of Germany*, affaire nº 137/1997, décision du 30 octobre 1997.

[1407] Voir *supra* le projet d'article 2 *f* provisoirement adopté par la Commission et le commentaire y relatif.

de l'État afin de faire ressortir qu'eux seuls peuvent accomplir un quelconque des actes qui sont couverts par cette immunité au titre du projet d'articles. La nécessité que les deux éléments (subjectif et matériel) coexistent pour que s'applique l'immunité est ainsi mise en relief. Il n'a cependant pas été jugé utile de mentionner le critère « agissant à ce titre » en ce qui concerne les représentants, car le statut du représentant a une incidence non pas sur la nature de l'acte, mais sur l'élément subjectif de l'immunité et a déjà été incorporé dans le projet d'article 5[1408]. Ces dispositions n'ont toutefois été adoptées qu'à titre provisoire, étant entendu qu'il pourrait être nécessaire à un stade ultérieur de formuler plus clairement le projet d'article 5, dans lequel l'expression « agissant à ce titre » est employée, et le paragraphe 1 du projet d'article 6, dans lequel elle n'est pas employée.

5) La portée matérielle de l'immunité *ratione materiae* telle qu'énoncée au paragraphe 1 du projet d'article 6 ne préjuge pas de la question des exceptions applicables à cette immunité, qui sera traitée ailleurs dans le présent projet d'articles.

6) Le paragraphe 2 renvoie à l'aspect temporel de l'immunité *ratione materiae* en soulignant le caractère permanent de cette immunité, qui continue à produire des effets même si le représentant ayant accompli un certain acte à titre officiel a cessé d'exercer sa fonction de représentant. Le caractère permanent de l'immunité *ratione materiae* découle du fait que sa reconnaissance a pour fondement la nature de l'acte accompli par un représentant et que celle-ci est indépendante du poste occupé par son auteur. Ainsi, l'acte doit avoir été accompli par un représentant de l'État en cette qualité et ce caractère officiel persiste ultérieurement. Aux fins de l'immunité *ratione materiae*, il est donc indifférent que le représentant qui invoque cette immunité occupe tel ou tel poste, ou, inversement, qu'il ait cessé d'être un représentant de l'État au moment où il demande à en bénéficier. Dans un cas comme dans l'autre, l'acte accompli à titre officiel le demeure et le représentant qui l'a accompli peut bénéficier de l'immunité qu'il soit encore ou non un représentant de son État. Le caractère permanent de l'immunité *ratione materiae* a déjà été reconnu dans le passé par la Commission dans le cadre des travaux sur les relations diplomatiques[1409], et ce caractère permanent n'a pas été contesté dans la pratique et est en général accepté par la doctrine[1410].

7) La Commission a choisi de définir l'élément temporel de l'immunité *ratione materiae* en précisant que celle-ci « subsiste après que les individus concernés ont cessé d'être des représentants de l'État », prenant ainsi pour modèles la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, de 1961[1411], et la Convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies, de 1946[1412]. Ces deux conventions ont inspiré le mot « subsiste » et l'expression « ont cessé d'être des représentants de l'État ». En outre, la Commission a utilisé le terme « individus » pour tenir compte de la définition de « représentant de l'État » donnée dans le projet d'article 2 *e*[1413].

8) Enfin, il est à noter que la Commission a estimé qu'il convenait d'inclure dans le paragraphe 2, consacré à l'aspect temporel de l'immunité, une référence expresse aux actes accomplis à titre officiel, eu égard à la place centrale qui leur revient s'agissant de l'immunité *ratione materiae* ainsi que dans le souci d'éviter toute interprétation extensive du caractère permanent de ce type d'immunité risquant d'amener à la faire valoir pour d'autres actes.

9) Le paragraphe 3 du projet d'article a pour objet de définir le type de relation existant entre l'immunité *ratione materiae* et l'immunité *ratione personae*, en partant du postulat que les deux catégories sont distinctes. En conséquence, le paragraphe 3 du projet d'article 6 est en lien étroit avec le paragraphe 3 du projet d'article 4, qui fait aussi référence à cette relation, mais seulement en recourant à la clause « sans préjudice ».

10) Conformément au paragraphe 1 du projet d'article 4, l'immunité *ratione personae* a un caractère temporaire, la Commission ayant considéré « 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[1414] ». Toutefois, cette « extinction […] est sans préjudice de l'application des règles du droit international relatives à l'immunité *ratione materiae* »

[1408] Voir le paragraphe 4 du commentaire du projet d'article 5 provisoirement adopté par la Commission à sa soixante-sixième session, *Annuaire… 2014*, vol. II (2e partie), p. 156.

[1409] Voir, *a contrario*, le paragraphe 19 du commentaire du projet d'article 2, paragraphe 1 *b* v), du projet d'articles sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens adopté par la Commission à sa quarante-troisième session : « [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 » [*Annuaire… 1991*, vol. II (2e partie), p. 18].

[1410] Voir Institut de droit international, résolution sur « Les immunités de juridiction et d'exécution du chef d'État et de gouvernement en droit international », qui reflète – *a contrario* – la même position dans les paragraphes 1 et 2 de son article 13 *[Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 69 (session de Vancouver, 2001), p. 742 et suiv., à la page 752] ; et « Résolution sur l'immunité de juridiction de l'État et de ses agents en cas de crimes internationaux », art. III, par. 1 et 2 [ibid., vol. 73 (session de Naples, 2009), p. 228 et suiv., à la page 229]. Ces résolutions sont disponibles sur le site Web de l'Institut : www.idi-iil.org.

[1411] Le paragraphe 2 de l'article 39 de la Convention dispose ce qui suit : « Lorsque les fonctions d'une personne bénéficiant des privilèges et immunités prennent fin, ces privilèges et immunités cessent normalement au moment où cette personne quitte le pays, ou à l'expiration d'un délai raisonnable qui lui aura été accordé à cette fin, mais ils subsistent jusqu'à ce moment, même en cas de conflit armé. Toutefois, l'immunité subsiste en ce qui concerne les actes accomplis par cette personne dans l'exercice de ses fonctions comme membre de la mission. »

[1412] Aux termes de la section 12 de l'article IV de la Convention : « En vue d'assurer aux représentants des Membres aux organes principaux et subsidiaires des Nations Unies et aux conférences convoquées par l'Organisation une complète liberté de parole et une complète indépendance dans l'accomplissement de leurs fonctions, l'immunité de juridiction en ce qui concerne les paroles ou les écrits ou les actes émanant d'eux dans l'accomplissement de leurs fonctions continuera à leur être accordée, même après que ces personnes auront cessé d'être les représentants des Membres. » La Convention sur les privilèges et immunités des institutions spécialisées de 1947 suit le même modèle en disposant à la section 14 de son article V ce qui suit : « En vue d'assurer aux représentants des membres des institutions spécialisées aux réunions convoquées par elles une complète liberté de parole et une complète indépendance dans l'accomplissement de leurs fonctions, l'immunité de juridiction en ce qui concerne les paroles ou les écrits ou les actes émanant d'eux dans l'accomplissement de leurs fonctions continuera à leur être accordée même après que le mandat de ces personnes aura pris fin. »

[1413] En ce qui concerne le sens du terme « individu », voir le paragraphe 4 du commentaire du projet d'article 2 *e*, *Annuaire… 2014*, vol. II (2e partie), p. 153.

[1414] *Annuaire… 2013*, vol. II (2e partie), p. 51 (paragraphe 2 du commentaire du projet d'article 4).

(paragraphe 3 du projet d'article 4). Comme la Commission l'a constaté dans le commentaire de ce paragraphe, « [i]l 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*[1415] ». La Commission a en outre constaté que « [c]ela 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 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[1416] ».

11) C'est précisément la situation visée au paragraphe 3 du projet d'article 6. Ce paragraphe part du constat que les chefs d'État, les chefs de gouvernement et les ministres des affaires étrangères bénéficient, pendant leur mandat, d'une large immunité, dite *ratione personae*, qui, en termes pratiques, englobe les effets propres à l'immunité *ratione materiae*. Cela n'exclut pas qu'après la fin de leur mandat ces représentants de l'État puissent aussi bénéficier du régime de l'immunité *ratione materiae* au sens strict. C'est ainsi que le comprend la Commission dans le commentaire du projet d'article 5, en constatant ceci : « Bien que la Commission considère que le chef d'État, le chef du gouvernement et le ministre des affaires étrangères ne bénéficient de l'immunité *ratione materiae* au sens strict qu'une fois qu'ils ne sont plus en fonctions, elle n'a pas jugé nécessaire de l'indiquer dans le projet d'article 5. Cette question sera traitée de manière plus appropriée dans un futur projet d'article sur le champ d'application matériel et temporel de l'immunité *ratione materiae*, sur le modèle du projet d'article 4[1417]. »

12) Il faut donc, dans tous les cas, que soient remplies les exigences relatives à l'immunité *ratione materiae*, à savoir : que l'acte ait été accompli par un représentant de l'État agissant en cette qualité (chef de l'État, chef du gouvernement ou ministre des affaires étrangères, en l'occurrence), à titre officiel et pendant son mandat. Le paragraphe 3 du projet d'article 6 a précisément pour objet de souligner que l'immunité *ratione materiae* s'applique en pareil cas. Il vient ainsi compléter le paragraphe 3 du projet d'article 4, au sujet duquel la Commission a indiqué à l'époque qu'il « ne préjuge[ait] pas de la teneur du régime de l'immunité *ratione materiae*, qui sera[it] développé dans la troisième partie du présent projet d'articles[1418] ».

13) Des membres de la Commission ont estimé quant à eux au sujet du cas visé au paragraphe 3 du projet d'article 6 que, pendant leur mandat, les chefs d'État, les chefs de gouvernement et les ministres des affaires étrangères bénéficiaient simultanément de l'immunité *ratione personae* et de l'immunité *ratione materiae*. D'autres membres de la Commission ont souligné que, aux fins de présent projet d'articles, l'immunité *ratione personae* possédait un caractère général et plus large qui englobait l'immunité *ratione materiae*, car elle s'appliquait aussi bien aux actes accomplis à titre privé qu'aux actes accomplis à titre officiel. Pour ces membres, ces représentants de l'État bénéficient de l'immunité *ratione personae* uniquement durant leur mandat, et ne bénéficient de l'immunité *ratione materiae* qu'après la fin de ce mandat, conformément aux dispositions du projet d'article 4 et aux commentaires des projets d'articles 4 et 5. Trancher dans un sens ou dans l'autre pourrait avoir des conséquences devant les tribunaux nationaux de certains États (en particulier en ce qui concerne les conditions devant être satisfaites pour pouvoir invoquer l'immunité devant ces tribunaux), mais elles ne pourraient pas être généralisées à tous les ordres juridiques internes. Dans le cadre de ce débat, quelques membres de la Commission ont été d'avis que le paragraphe 3 ne devait pas être inclus dans le projet d'article 6 et qu'il suffisait de mentionner cette question dans les commentaires du projet d'article.

14) La Commission a tenu compte de cet intéressant débat, à forte composante théorique et terminologique, mais elle a décidé de maintenir le paragraphe 3 du projet d'article 6, eu égard en particulier à l'importance pratique de ce paragraphe, qui vise à clarifier sur le plan opérationnel le régime juridique applicable après la fin de leur mandat à des personnes qui bénéficiaient auparavant de l'immunité *ratione personae* (chefs d'État, chefs de gouvernement et ministres des affaires étrangères).

15) Le paragraphe 3 a été libellé en prenant pour modèles la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques (art. 39, par. 2) et la Convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies (art. IV, sect. 12), qui ont réglementé des cas similaires à ceux visés au paragraphe en question, à savoir la situation dans laquelle se trouvent les bénéficiaires de l'immunité *ratione personae* après la fin de leur mandat en ce qui concerne les actes accomplis à titre officiel durant ce mandat[1419]. La Commission a employé l'expression « continuent de bénéficier de l'immunité » pour refléter le lien existant entre le moment où l'acte a été accompli et celui où l'immunité est invoquée. Tout comme dans les conventions dont il est inspiré, dans le paragraphe 3 du projet d'article 6, il n'est pas adjoint de qualificatif au terme immunité et ce terme est employé au sens général. Même si le terme immunité est employé sans adjonction de qualificatif, la Commission comprend qu'il renvoie à l'immunité *ratione materiae*, puisque c'est seulement dans ce cadre que peuvent être pris en considération les actes accomplis à titre officiel du temps de son mandat par un représentant de l'État dont le mandat a pris fin.

[1415] Ibid., p. 53 (paragraphe 7 du commentaire).

[1416] Ibid.

[1417] *Annuaire… 2014*, vol. II (2e partie), p. 156 (paragraphe 4 du commentaire).

[1418] *Annuaire… 2013*, vol. II (2e partie), p. 53 et suiv. (paragraphe 7 du commentaire du projet d'article 4).

[1419] Voir *supra* les notes 1411 et 1412.